

**GUIDE
POUR
L' ELABORATION
DES TEXTES
LEGISLATIFS ET
REGLEMENTAIRES**

VISIT...

LANZAROTE
Caliente.COM

Introduction

L'objet du présent guide est de présenter l'ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs : lois, ordonnances, décrets, arrêtés.

Il s'agit de faciliter la tâche des rédacteurs aux différentes étapes de leur travail par des rappels théoriques, des conseils pratiques et des exemples ou contre-exemples. Ont été rassemblées, en un instrument unique, les réponses aux questions qu'ils rencontrent le plus souvent, en puisant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans celle du Conseil d'Etat ainsi que dans les avis de ses formations administratives, dans les circulaires du Premier ministre et dans les usages validés par la pratique.

Elaboré conjointement par des membres du Conseil d'Etat et des fonctionnaires du secrétariat général du Gouvernement ⁽¹⁾, ce guide sera un ouvrage de référence pour tous ceux qui participent, à un titre ou à un autre, à la préparation des textes normatifs. Il fera l'objet de mises à jour périodiques et peut être consulté sur le site Légifrance.

*
* *

Le guide comprend une centaine de fiches regroupées autour des parties suivantes:

- **Conception des textes** : cette partie introductive, qui comprend quelques rappels sur la hiérarchie des normes et les différentes catégories de textes, vise surtout à inciter les auteurs de textes à s'interroger d'abord sur l'utilité et l'efficacité de leur projet de réglementation.

- **Etapes de l'élaboration des textes** : cette partie traite des questions de procédure en reprenant pour une large part des instructions du Premier ministre.

- **Rédaction des textes** : les règles ou bonnes pratiques de rédaction des textes comme des solutions aux problèmes qui se posent à l'occasion de la rédaction ont été recensées et organisées autour d'une dizaine de thèmes.

- **Règles propres aux textes internationaux et communautaires et aux mesures individuelles** : il a paru nécessaire de consacrer des développements particuliers aux questions liées à l'élaboration, au suivi et à l'introduction en droit interne des normes internationales et communautaires et de présenter les particularités procédurales des décisions individuelles, assorties du rappel des règles de compétence en la matière.

- **Schémas logiques et cas pratiques**: plusieurs schémas sont proposés dans le but de synthétiser les réponses aux principales questions – de fond, de forme, de procédure – que doit se poser l'administration au moment où elle élabore un texte. Pour des catégories de textes – ou parties de textes – très fréquentes, des fiches présentent un vade-mecum :

considérations juridiques, questions à résoudre et, dans toute la mesure du possible, modèles de rédaction.

*
* *

Ne faire que des textes nécessaires, bien conçus, clairement écrits et juridiquement solides, telle doit être l'ambition des administrateurs et des légistes. Le présent guide y apporte sa contribution par l'énoncé et l'illustration des techniques de conception et de rédaction des textes et des principes juridiques qui les inspirent : la maîtrise de ces techniques et le respect de ces principes sont en effet les conditions nécessaires de tout effort d'amélioration de l'efficacité, de la sécurité et de l'intelligibilité de la règle de droit.

Le secrétaire général du Gouvernement

Le vice-président du Conseil d'Etat

Jean-Marc Sauvé

Renaud Denoix de Saint-Marc

(1) Le guide a été réalisé sous la supervision d'un groupe de travail, présidé par M. Jean-Pierre Leclerc, président de section au Conseil d'Etat, assisté de M. Rémi Bouchez, conseiller d'Etat et M. Nicolas Boulouis, maître des requêtes.

Ce groupe de travail était composé de MM Bernard Pêcheur et Marcel Pochard , conseillers d'Etat, Mme Aurélie Robineau-Israël et MM Frédéric Béreyziat, Jean Courtial, François Loloum, François Seners, Yves Struillou, maîtres des requêtes. Ont également contribué à la réalisation du guide, MM. Jean-Marie Woehrling, président de tribunal administratif, les membres du secrétariat général du Gouvernement et des fonctionnaires du ministère de l'outre-mer.

SOMMAIRE

	page
1. CONCEPTION DES TEXTES	
1.1 Nécessité des normes	
1.1.1 Questions préalables	
1.1.2 Études d'impact : les procédures, les finalités	
1.2 Efficacité des normes	
1.2.1 Concevoir une réglementation dans son ensemble	
1.2.2 Application dans le temps (considérations générales)	
1.2.3 Application dans l'espace (considérations générales)	
1.3 Hiérarchie des normes	
1.3.1 La hiérarchie des normes (considérations générales)	
1.3.2 La répartition loi/règlement (considérations générales)	
1.3.3 Les différentes catégories de décrets	
1.3.4 Les lois de finances	
1.3.5 Les lois de financement de la sécurité sociale	
1.3.6 Les arrêtés	
1.3.7 Les circulaires, directives et instructions	
1.4 Accès au droit	
1.4.1 Sources documentaires : Légifrance	
1.4.2 Codification (considérations générales)	
2. ETAPES DE L'ELABORATION DES TEXTES	
2.1 Règles générales	
2.1.1 Le rôle du SGG et du Conseil d'Etat dans la procédure d'élaboration des textes (considérations générales et synthèse)	
2.1.2 Les consultations préalables	
2.1.3 Signatures et contreseings	
2.1.4. Publication au Journal officiel	

2.1.5	Publication au(x) Bulletin(s) officiel(s)	
2.2	Loi	
2.2.1	Le travail et la discussion interministériels	
2.2.2	La consultation du Conseil d'Etat	
2.2.3	Le choix du texte et le passage en Conseil des ministres	
2.2.4	La discussion au Parlement (procédures, amendements)	
2.2.5	Le Conseil constitutionnel	
2.2.6	Promulgation et publication	
2.2.7	Textes d'application	
2.2.8	Particularités (lois organiques, lois de finances, lois de financement de la sécurité sociale, lois de programme)	
2.2.9	Calendrier prévisionnel	
2.3	Ordonnance	
2.3.1	Le travail et la discussion intra et interministériels	
2.3.2	La consultation du Conseil d'Etat	
2.3.3	Le choix du texte et le passage en Conseil des ministres	
2.3.4	Signature et publication (procédure)	
2.3.5	Ratification	
2.3.6	Textes d'application	
2.3.7	Calendrier prévisionnel	
2.4	Décret	
2.4.1	Décret simple	
2.4.2	Décret en Conseil d'Etat	
2.4.3	Décret en Conseil des Ministres sans consultation du Conseil d'Etat	
2.4.4	Décret en Conseil des Ministres et en Conseil d'Etat	
2.4.5	Décret de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution	
3.	REDACTION DES TEXTES	
3.1	Le contexte	
3.1.1	Exposé des motifs d'un projet de loi	
3.1.2	Rapport de présentation d'un projet d'ordonnance ou de décret	
3.1.3	L'intitulé d'un texte	
3.1.4	Les ministres rapporteurs d'une ordonnance ou d'un décret	
3.1.5	Les visas d'une ordonnance, d'un décret ou d'un arrêté	

3.2 L'organisation du texte	
3.2.1 Les différents types de plan	
3.2.2 La division du texte	
3.2.3 Les annexes	
3.3. La langue du texte	
3.3.1 Syntaxe, vocabulaire, sigles et signes	
3.3.2 Le choix des termes et les locutions juridiques	
3.4 Modifications, insertions, renvois	
3.4.1 Modifications et insertions	
3.4.2 La technique des renvois au droit positif	
3.5 Renvoi à des normes d'application	
3.5.1 Le renvoi par une loi à des textes réglementaires	
3.5.2 Le renvoi à un acte conventionnel	
3.5.3 La subdélégation	
3.6 Application et applicabilité des textes Outre –mer	
3.6.1 Elaboration et contreseing des textes comportant des dispositions relatives à l'outre-mer	
3.6.2 Les départements et régions d'Outre-mer	
3.6.3 Saint-Pierre et Miquelon	
3.6.4 Mayotte	
3.6.5 Polynésie Française	
3.6.6 Wallis et Futuna	
3.6.7 TAAF	
3.6.8 Nouvelle-Calédonie	
3.6.9 Iles Eparses et Clipperton	
3.7 Application et applicabilité dans certaines parties du territoire métropolitain	
3.7.1 Application et applicabilité des textes en Alsace-Moselle	
3.7.2 Application et applicabilité des textes en Corse	
3.8 L'entrée en vigueur	
3.8.1 Techniques d'entrée en vigueur	
3.8.2 Application aux situations en cours	
3.8.3 Les abrogations	

3.9 Signatures et contreseings	
3.9.1 Les actes du Président de la République	
3.9.2 Les actes du Premier ministre	
3.9.3 Délégations de signature	
3.9.4 Interim	
4. REGLES PROPRES A CERTAINES CATEGORIES DE TEXTES	
4.1 Textes internationaux et communautaires	
4.1.1 Elaboration, conclusion et publication des textes internationaux	
4.1.2 Procédure de transposition des directives et décisions-cadres	
4.1.3 Rédaction des textes de transposition d'actes communautaires	
4.2 Mesures individuelles	
4.2.1 Répartition des compétences entre les différentes autorités et règles générales	
4.2.2 Contenu et présentation	
4.2.3 Nomination des membres des cabinets ministériels	
4.2.4 Nomination des dirigeants des établissements publics et des entreprises publiques	
5. SCHEMAS LOGIQUES ET CAS PRATIQUES	
5.1 Schémas logiques	
5.1.1 Questions de conception	
5.1.2 Questions de compétence	
5.1.3 Questions de procédure	
5.1.5 Questions de cohérence et d'efficacité (projet de loi)	
5.1.6 Questions de cohérence et d'efficacité (projet d'ordonnance)	
5.1.7 Questions de cohérence et d'efficacité (projet de décret)	
5.2 Cas pratiques	
5.2.1 L'organisation des services de l'Etat	
5.2.2 Créer, modifier ou supprimer un organisme consultatif	
5.2.3 Créer, modifier ou supprimer un établissement public	
5.2.4 Les groupements d'intérêt public	
5.2.5 Créer, modifier ou supprimer un régime d'autorisation ou de déclaration	
5.2.6 Prévoir des sanctions administratives ou pénales	
5.2.7 Créer, modifier ou supprimer une taxe fiscale	
5.2.8 Créer, modifier ou supprimer une redevance	
5.2.9 Créer un traitement automatisé	
5.2.10 Statuts et rémunérations des personnels de l'Etat	

Index	

1. CONCEPTION DES TEXTES

FICHE 1.1.1 QUESTIONS PREALABLES
--

1. L'édition d'une norme unilatérale – loi, décret, arrêté – est soumise au respect de règles juridiques de fond et de procédure ainsi qu'à des principes de bonne rédaction qui font l'objet de ce guide.

Mais elle doit avant tout avoir pour objet de résoudre un problème clairement identifié, en vue d'atteindre un résultat précisément défini pour lequel des solutions non normatives apparaissent manifestement inappropriées.

Une connaissance précise de l'état du droit en la matière constitue évidemment un élément indispensable de l'identification du problème comme du choix de la solution. Le concepteur d'un texte dispose, à cet égard, de nombreux outils (*voir fiche 1.4.1 Sources documentaires*)

Toutefois, au-delà de la connaissance et de l'analyse du droit existant, une réflexion doit être menée sur l'utilité de la « réglementation », l'insuffisance de cette réflexion figurant parmi les causes de l'excès ou, ce qui revient au même, de la modification incessante des normes.

Ainsi, toute idée d'action publique dont la mise en œuvre peut conduire à l'édition d'une norme doit faire l'objet d'une étude, même sommaire, destinée à présenter les problèmes à résoudre, la solution recherchée et les avantages et inconvénients respectifs des différentes options qui sont envisageables pour la mettre en œuvre.

2. Cette « étude d'options » peut avoir le contenu suivant, qui doit évidemment être adapté aux différentes situations rencontrées :

- Description de la situation (situation de référence), du problème à résoudre (pourquoi les comportements doivent être modifiés par l'action envisagée) et de l'objectif poursuivi (dans quelle mesure les comportements doivent-ils être modifiés par l'action envisagée), à partir de données précises de tous ordres.

Cette étape de la réflexion est indispensable. Le « réflexe réglementaire » conduit trop souvent à faire l'impasse sur deux questions pourtant essentielles : Quel est le problème à résoudre ? Quel est le résultat recherché ? La circonstance qu'un nouveau texte a été demandé, voire annoncé, ne doit pas conduire à les éluder, car une action publique ne peut être véritablement légitime et efficace que si elle poursuit un objectif d'intérêt général clairement défini.

- Présentation de deux ou trois options possibles pour atteindre l'objectif : l'option « réglementaire » et une ou deux options parmi les autres instruments d'action publique : incitations financières, négociation conduisant à un texte conventionnel, adoption de normes ou mise en place de mécanismes de certification entièrement privés (par des entreprises ou des organes professionnels), codes de bonne conduite négociés, par exemple, avec un secteur professionnel, information ou communication.

Le cas échéant, cette présentation s'appuiera sur l'analyse des raisons pour lesquelles les textes actuels sont « insuffisants » (malfaçons, mauvaise application, manque de moyens humains ou budgétaires, adaptation des comportements dans un sens imprévu, ...);

- Identification des avantages et des inconvénients de chacune des options : analyse sommaire des coûts et bénéfices, description des effets attendus, calendrier de mise en œuvre ;

- Raisons pour lesquelles telle ou telle option est privilégiée.

3. L'étude d'options n'a de sens et de réel intérêt que pour les projets de décision pour lesquels l'autorité compétente dispose d'une certaine marge d'appréciation. Si cela sera toujours le cas s'agissant de la décision pouvant conduire, parmi les options possibles, au dépôt d'un projet de loi, il paraît à première vue en aller différemment de celle consistant seulement à fixer le contenu d'un texte réglementaire pris pour l'application de textes de niveau supérieur. Toutefois, une étude, même sommaire, peut s'avérer utile dans ce dernier cas, pour éclairer l'auteur de la décision dans l'utilisation du pouvoir d'appréciation dont il dispose la plupart du temps. Pour ne prendre qu'un exemple, entre la fixation d'une procédure précise et assortie de sanctions par le texte et la définition avec le public intéressé ou ses représentants de bonnes pratiques ayant la même finalité, l'étude peut permettre de trancher, à condition évidemment que la deuxième solution soit juridiquement permise .

En définitive la démarche consiste à se poser les questions de savoir pourquoi un texte est préférable à une autre solution et, si ce texte est nécessaire, pourquoi chacune des normes qu'il se propose de fixer est elle-même nécessaire et optimale. Elle n'est donc pas limitée aux textes de niveau supérieur, comme les projets de loi, mais se justifie également pour la plupart des décrets, voire pour certains arrêtés.

4. L'étude d'options est élaborée par le ministère responsable de la préparation et de la mise en œuvre de la décision envisagée. Elle peut servir de base, le cas échéant, aux discussions interministérielles, afin de permettre de recueillir des données utiles pour la description de la situation de référence et de préciser le contenu ainsi que les avantages et inconvénients des différentes options en présence.

5. L'étude d'options doit, dans certains cas, être prolongée par une étude d'impact (voir fiche 1.1.2 Etude d'impact) dont elle fera apparaître la nécessité lorsque les implications de la décision à prendre – économiques, sociales, juridiques ou administratives – sont, en première analyse, suffisamment complexes, et donc incertaines, pour devoir conduire à un approfondissement de la réflexion préalable.

En ce qui concerne les projets de loi, la décision de procéder à une étude d'impact est prise au cours de la réunion d'examen des différentes options.

FICHE 1.1.2 ETUDES D'IMPACT
--

1. Les études d'impact sont un outil de décision permettant d'analyser les retombées potentielles de l'action publique et de communiquer en temps utile cette information aux décideurs, voire, le cas échéant, au public. Indépendamment de leur contenu, les études, par les moyens mis en œuvre pour les réaliser (recueil de données, consultations publiques, etc.) et la participation de l'administration à leur réalisation, constituent un instrument de changement du processus même de réglementation et de son rôle dans l'action publique.

Elles doivent donc être réalisées le plus précocement possible dans le processus de décision.

Une étude d'impact n'est pas :

- un exposé des motifs ou un rapport de présentation ;
- un document se bornant à présenter les avantages que l'on attend de la réglementation future ;
- une fiche décrivant succinctement les conséquences présumées d'un texte.

2. La nécessité de réaliser une étude d'impact est systématiquement appréciée :

- en ce qui concerne les décisions pouvant conduire à la rédaction d'un projet de loi, au stade de la réunion interministérielle organisée pour trancher entre les différentes options envisagées pour mettre en œuvre une action publique dans un domaine déterminé (*voir fiche 1.1.1 Questions préalables*) ;

- en ce qui concerne les décrets d'application des lois, lors de la réunion interministérielle suivant immédiatement la promulgation de la loi.

Toutefois, le ministère principalement intéressé peut décider, de sa propre initiative, le cas échéant en application des dispositions de sa charte de qualité de la réglementation, de réaliser une étude d'impact sur tout projet qui lui paraît le mériter.

Une étude d'impact se révèle la plupart du temps nécessaire lorsque l'action envisagée est susceptible d'affecter de manière significative la situation des administrés (personnes physiques ou entreprises) et traduit de véritables choix d'opportunité. De ce fait, l'étude peut ne porter que sur les aspects du projet qui appellent des choix. A contrario, une étude d'impact sera généralement inutile lorsque l'autorité compétente ne dispose que d'une marge d'appréciation très limitée, notamment parce qu'il s'agit de prendre les dispositions requises pour l'application d'une loi ou la transposition d'une directive qui ont déjà tranché les principales questions et de définir les solutions pratiques à mettre en œuvre.

3. L'étude d'impact est réalisée avec le concours de l'ensemble de ses services par le ministère responsable du projet, qui peut également faire appel aux services compétents des autres ministères, notamment aux corps d'inspection et de contrôle ainsi qu'aux directions ou services ayant une pratique générale de l'évaluation et des compétences en matière micro ou macro-économique.

L'étude est entreprise sur la base d'un cahier des charges (liste des questions, services participants, calendrier).

On trouvera, sur la méthodologie des études d'impact, de plus amples renseignements dans le rapport « Pour une meilleure qualité de la réglementation » remis au Premier ministre en mars 2004 et qui peut être consulté sur le site de la Documentation française.

FICHE 1.2.1

**CONCEVOIR UNE REGLEMENTATION
DANS SON ENSEMBLE**

1. Quel que soit son niveau dans la hiérarchie, un texte juridique – loi, décret, arrêté – doit distinguer « l'intention de l'action, le possible du souhaitable, l'accessoire de l'essentiel, le licite de l'illicite » (rapport annuel du Conseil d'Etat – 1991), autrement dit avoir un contenu normatif, clairement énoncé, en réponse aux questions posées.

Il se doit d'éviter les déclarations ou proclamations (voir exemple ci-après), qui n'ont aucune portée juridique, et trouvent une place plus adéquate dans l'exposé des motifs, le rapport de présentation et le débat public et les formulations ambiguës ou imprécises qui nourrissent l'incertitude juridique (voir *fiches 3.3.1 et 3.3.2 La langue du texte*).

« L'orientation est le résultat d'un processus continu d'élaboration et de réalisation du projet personnel de formation et d'insertion sociale et professionnelle que l'élève de collège (...) » (article 1^{er} du décret n°91-372 du 16 avril 1991 relatif à l'orientation des élèves dans les établissements d'enseignement privé sous contrat)

Le Conseil constitutionnel déduit de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel « la loi est l'expression de la volonté générale » et de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution (par exemple, les lois de programme qui fixent des objectifs qualitatifs et quantitatifs à l'action de l'Etat en matière économique et sociale) la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative. Des dispositions non normatives sont donc, en principe, inconstitutionnelles et, par suite, susceptibles de censure. (voir, pour des dispositions censurées, les décisions n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 relative à la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales et n°2005-512 DC du 21 avril 2005 relative à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école).

Le législateur a, en outre, l'obligation d'exercer pleinement sa compétence et de respecter les objectifs de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi lui imposant l'adoption de dispositions suffisamment précises et de formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi. (voir décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005). Dans le même ordre d'idées, Le Conseil constitutionnel a disjoint des dispositions fiscales d'une « complexité excessive » au regard des exigences constitutionnelles résultant des articles 4, 5, 6, 14 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 Loi de finances pour 2006) et que ne justifiait « aucun motif d'intérêt général véritable ».

Pour sa part, le Conseil d'Etat a jugé opérant, à l'égard d'un décret, le moyen tiré de la violation de l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme (8 juillet 2005, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN CFDT et autres) mais il n'a annulé aucune disposition à ce titre.

2. Si elles sont nécessaires pour garantir l'efficacité d'un texte juridique, ces exigences sont toutefois insuffisantes. En effet, il est rare qu'un texte normatif se suffise à lui-même pour que les règles qu'il contient reçoivent pleinement application.

- Les lois renvoient le plus souvent à des mesures réglementaires (*voir fiche 3.5.1, le renvoi par une loi à des textes réglementaires*). Si, en principe, la loi est d'application immédiate (CE 4 mai 1928 d'Ornano), il est très rare que des dispositions d'application indispensables à son entrée en vigueur n'aient pas été prévues, ne serait-ce que pour respecter la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire telle qu'elle résulte de l'article 34 de la Constitution. (*voir fiche 1.3.2, la répartition loi/règlement*). Il en va souvent de même s'agissant de décrets dont la mise en œuvre peut être conditionnée par l'intervention de décisions réglementaires, prises la plupart du temps par la voie d'arrêtés ministériels ;

- Des instructions, prenant la forme de circulaires, de directives, de guides ou de réponses aux questions les plus fréquentes, doivent être adressées aux services chargés de mettre en œuvre le texte en cause afin d'assurer son application uniforme sur l'ensemble du territoire et de prévoir les modalités administratives de son application (*voir fiche 1.3.7, les circulaires, directives, instructions*). Dans le même ordre d'idées, une information des usagers sur la modification de l'état du droit et les conséquences qu'elle emporte sur leurs droits et obligations est indispensable. A cet égard, il convient de rappeler que le site service public.fr comprend un guide des droits et démarches composées de fiches rédigées par les administrations ;

- Il est également fréquent que des moyens humains et matériels doivent être dégagés pour donner son entière application au texte.

- Enfin, des dispositifs d'évaluation peuvent être mis en place pour s'assurer que l'objectif poursuivi par l'édiction de la norme a été atteint ; tel doit être notamment le cas lorsque la norme est édictée à titre expérimental en application de l'article 37-1 de la Constitution

Norme de base, normes dérivées, instructions et moyens d'application, dispositif d'évaluation forment un tout nécessaire à l'efficacité de la norme. Comme tels, ils doivent faire l'objet d'une réflexion préalable d'ensemble, alors même que le texte en cause n'aurait pas donné lieu à la réalisation d'une étude d'impact. Les décrets d'application d'une loi doivent, ainsi, dans toute la mesure du possible, être rédigés en même temps que le projet de loi lui-même.

3. L'absence de cette réflexion préalable d'ensemble conduit à des impasses ou présente des inconvénients qui nuisent gravement à l'efficacité de la norme. Pour ne citer que quelques exemples :

- le renvoi par une loi à « une loi ultérieure » pour la modifier ou la compléter n'a pas et ne saurait avoir le moindre effet juridique ; il crée une attente qui pourra ne pas être honorée et donne, comme dans l'exemple ci-après, une piètre idée de la manière dont sont élaborés les textes ;

Les sanctions qui pourront être appliquées à la suite de ce contrôle seront prévues par une loi ultérieure

- la pratique consistant à insérer dans un projet de loi les dispositions qui ont fait l'objet de discussions interministérielles et d'arbitrages et à renvoyer à des décrets d'application le soin de régler les problèmes non résolus, outre qu'elle est évidemment porteuse de risques juridiques, affecte lourdement les délais de mise en œuvre de la norme, du fait des retards inévitables qu'elle engendre, quand elle ne conduit pas purement et simplement à l'obligation de modifier le texte dont l'application s'est révélée impossible ;

- « l'incompétence négative », c'est-à-dire le fait pour une autorité, le plus souvent le législateur, de ne pas avoir exercé pleinement sa compétence dans le domaine considéré est souvent le résultat d'une réflexion trop sommaire sur l'état du droit ;

- l'oubli des dispositions d'abrogation de textes ayant partiellement ou totalement le même objet en est également le signe, ainsi que, plus généralement, l'absence de dispositions transitoires (entrée en vigueur prévue au terme d'un délai, absence de solution de continuité entre le régime actuel et le régime futur, etc., voir *fiche 3.8.2, applications aux situations en cours*) qui garantissent pourtant qu'une réforme sera correctement mise en œuvre et, de ce fait, mieux acceptée.

FICHE 1.2.2

APPLICATION DANS LE TEMPS

(Considérations générales)

Les lois et les actes administratifs existent dès leur promulgation ou leur signature mais, sauf pour certaines décisions administratives individuelles, leur entrée en vigueur est subordonnée à des mesures de publicité (ainsi qu'aux règles spéciales fixées par le code général des collectivités territoriales s'agissant des actes soumis au contrôle de légalité des préfets). Tant que la publication n'est pas intervenue, la norme nouvelle ne peut pas être opposée aux tiers (CE 13 décembre 1957, Barrot et autres) et elle ne peut ni être invoquée par eux, ni faire naître de droits à leur profit.

Les principes sont qu'une loi ou un règlement qui n'a pas été publié ne peut servir de base légale à d'autres actes (CE 26 octobre 1956, Pubreuil), que l'administration doit statuer dans les formes et selon la procédure prescrites par les lois et règlements en vigueur à la date de sa décision, enfin, que la légalité d'une décision administrative, notamment quant à de la compétence de son auteur, s'apprécie au regard des dispositions en vigueur à la date à laquelle elle est prise.

Il est cependant admis que des mesures réglementaires soient prises pour l'application d'une disposition existante mais non encore publiée, dès lors que ces mesures n'entrent pas elles-mêmes en vigueur avant que la disposition sur laquelle elles se fondent ait été régulièrement rendue opposable aux tiers (jurisprudence Barrot précitée). Il est ainsi possible de préparer et de signer un texte d'application de dispositions non encore publiées, mais l'entrée en vigueur de ce texte ne pourra intervenir, au plus tôt, qu'à la date d'entrée en vigueur des dispositions dont il fait application (CE 27 janvier 1961, Daunizeau et autres). De même, une délégation de signature, qui est un acte réglementaire, autorise son bénéficiaire, dès son édicton, à signer des actes réglementaires, sous la réserve, bien sûr, que ces actes n'entrent pas en vigueur avant la délégation elle-même (CE 29 janvier 1965, Mollaret). Rien ne fait ainsi obstacle à ce que plusieurs actes réglementaires qui s'enchaînent soient signés et publiés simultanément, en vue d'une entrée en vigueur simultanée.

En revanche, une mesure individuelle ne peut être prise tant que les dispositions réglementaires qui en sont le fondement ne sont pas entrées elles-mêmes en vigueur. L'acte réglementaire et la mesure individuelle ne peuvent donc être signés le même jour.

Sur les modalités de signature et de publication des actes, voir les fiches 2.1.3., *signatures et contreseings* ; 2.1.4., *publication au Journal officiel* ; 2.1.5., *publication aux bulletins officiels*)

Le succès d'une réforme est le plus souvent subordonné aux modalités fixées pour son entrée en vigueur. Il est donc indispensable lors de l'élaboration d'un texte de s'interroger sur son champ d'application dans le temps.

I. Entrée en vigueur (droit commun)

Les actes réglementaires et assimilés se distinguent des actes individuels, qui produisent leurs effets dès leur signature lorsqu'il s'agit d'actes favorables aux intéressés, tels que des actes conférant des droits (CE, Sect. 19 décembre 1952, Delle Mattéi). L'entrée en vigueur des actes réglementaires est, de façon générale, subordonnée aux mesures de publicité requises : publication au Journal officiel de la République française ou dans un bulletin ou recueil officiel. En vertu d'un principe général du droit (CE, 12 décembre 2003, Synd. des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale), l'autorité administrative a l'obligation de publier dans un délai raisonnable les règlements qu'elle édicte. Les règles relatives à l'entrée en vigueur des lois et des règlements publiés au Journal officiel sont fixées par l'ordonnance n°2004-164 du 20 février 2004 dont les dispositions ont remplacé notamment celles du décret du 5 novembre 1870 et figurent désormais à l'article 1^{er} du code civil.

La circonstance qu'une loi ou un règlement prévoient des dispositions d'application non encore publiées ne fait pas obstacle à l'entrée en vigueur de cette loi ou de ce règlement s'il sont suffisamment précis pour être immédiatement applicables.

II. Entrée en vigueur différée.

L'auteur d'une norme réglementaire comme le législateur sont, en principe, libres de décider explicitement, en fonction de considérations d'opportunité, que la date d'entrée en vigueur de la norme sera postérieure à la date qui résulterait des règles de droit commun. Toutefois, un texte législatif ou réglementaire atténuant une sanction ou la supprimant doit, en principe, être d'application immédiate. En outre un texte transposant un acte communautaire dont le délai de transposition n'est pas expiré ne peut prescrire une entrée en vigueur au delà de la date limite de transposition (CJCE 9 août 2004 Bund Natur Schutz in Bayern aff C.392/92).

Ce procédé présente, notamment, l'avantage de donner le temps aux destinataires des mesures de prendre leurs dispositions pour s'y adapter et s'y conformer ; il permet également à l'administration de mettre en place les dispositifs d'accompagnement.

Pour les actes réglementaires, la fixation de la date différée de prise d'effet d'une norme nouvelle est cependant soumise à un contrôle d'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif. En reportant en effet à une date trop lointaine l'entrée en vigueur d'une loi par le truchement d'une entrée en vigueur différée du règlement pris pour son application, l'autorité administrative méconnaît au moins implicitement la volonté du législateur (CE, 9 juillet 1993, Ass. « Collectif pour la défense du droit et des libertés »).

III. Dispositions transitoires

Le droit en vigueur avant la publication des nouvelles normes peut être maintenu pour certaines situations juridiques ; le nouveau texte peut également fixer des règles définissant un régime temporaire destiné à faciliter la transition.

IV. Non rétroactivité et application aux situations en cours

Les exigences de la sécurité juridique et le principe de non rétroactivité - qui n'empêche pas qu'un texte réglementaire attache des effets futurs à une situation passée - font obstacle, en principe, à ce que des règles nouvelles fixées par des actes réglementaires s'appliquent à des situations juridiques devenues définitives à la date de leur entrée en vigueur. En revanche, sauf disposition contraire, les règlements s'appliquent, dès leur entrée en vigueur, à l'ensemble des situations juridiques qui n'ont pas acquis un caractère définitif. En particulier, sauf rares exceptions, les nouvelles règles de procédure s'appliquent à l'ensemble des procédures qui n'ont pas abouti à une

situation juridique constituée. De même, dans les régimes d'autorisation administrative, les nouvelles conditions d'obtention des autorisations s'apprécient selon les règles en vigueur à la date à laquelle l'administration statue.

En matière financière et, notamment, fiscale, les situations juridiques sont regardées comme constituées à la date du fait générateur de la dépense, recette, dette ou créance.

Selon un principe général, les sanctions pénales plus douces s'appliquent de façon rétroactive (CC. décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981).

En dehors de ce cas, l'application rétroactive de règles nouvelles à des situations définitivement acquises n'est admise que si elle se fonde sur une autorisation expresse du législateur, a pour objet de combler un vide juridique (CE 11 décembre 1998, Sect. Min. de la justice c/ Angeli) ou de tirer les conséquences d'une annulation contentieuse.

Par ailleurs, les situations contractuelles de droit privé restent, sauf disposition législative contraire, régies par le droit en vigueur à la date de conclusion des contrats.

Sur l'ensemble de ces questions (voir *fiches 3.8 l'entrée en vigueur*)

FICHE 1.2.3

APPLICATION DANS L'ESPACE
(Considérations générales)

Un texte législatif ou réglementaire est en principe applicable de plein droit sur l'ensemble du territoire de la République. Le principe inverse, dit « de spécialité législative », en vertu duquel les textes ne sont pas applicables sauf mention contraire prévaut toutefois pour certaines collectivités d'outre-mer mentionnées par l'article 74 et, pour la Nouvelle-Calédonie, par l'article 77 de la Constitution.

Dans certains cas, il peut apparaître utile, voire nécessaire, d'aménager le champ d'application territorial d'un texte. En tout état de cause, cette question doit être systématiquement examinée lors de la conception de celui-ci, spécialement en ce qui concerne son application à l'outre-mer.

De manière générale, et sous réserve des hypothèses envisagées ci-après, la limitation du champ d'application d'un dispositif législatif ou réglementaire à une ou plusieurs parties du territoire national n'est possible que dans les cas exceptionnels où cette rupture d'égalité se trouvera justifiée par une différence de situation caractérisée ou un intérêt général suffisant (voir sur ce point deux décisions en sens opposé du Conseil constitutionnel : n° 89-270 DC du 29 décembre 1989, qui admet l'institution d'une taxe sur l'usage de bureaux dans la seule région Ile-de-France, et n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, qui censure un dispositif d'apurement des dettes sociales réservé aux exploitants agricoles installés en Corse).

1. Les possibilités de modulation du champ d'application territorial d'un texte sont, principalement, les suivantes :

- l'édiction de « *dispositions spécifiques à la Corse* », après consultation de l'Assemblée de Corse (voir fiche 3.7.2, *application et applicabilité des textes en Corse*) ;

- la définition de dispositions adaptées aux départements et régions d'outre-mer en application de l'article 73 de la Constitution pour tenir compte de leurs caractéristiques et contraintes particulières, qui doit être précédée de la consultation des assemblées locales (voir fiches 3.6., *application et applicabilité des textes outre-mer*) ;

- l'extension et l'adaptation aux collectivités d'outre-mer régies par le principe de spécialité législative ; cette extension obéit à des règles de compétence et de forme particulières (voir fiches 3.6., *application et applicabilité des textes outre-mer*) ;

2. On doit en outre signaler les possibilités suivantes :

- l'expérimentation sur une portion du territoire ; l'article 37-1 de la Constitution prévoit que « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental.* ». Dans ce cadre, un texte peut être rendu applicable à certaines portions du territoire afin de permettre une évaluation de sa mise en œuvre dans la perspective d'une extension à l'ensemble de celui-ci (pour un cas d'expérimentation antérieur à l'insertion de l'article 37-1 dans la Constitution, voir par exemple CE 18 décembre 2002 Conseil National des Professions de l'automobile) ;

- l'entrée en vigueur progressive : le Conseil d'Etat a admis dans certains cas la légalité de dispositifs prévoyant l'application progressive (dans le temps et dans l'espace) d'une réglementation (21 février 1968 Ordre des avocats à Cour d'appel de Paris et autres ; 26 octobre 1988 Gaudet ; Section 13 octobre 1967 Peny). Une telle possibilité doit toutefois n'être utilisée qu'à bon escient dès lors qu'elle met en cause le principe d'égalité et paraît donc a priori exclue dans le domaine des libertés publiques (voir CC, décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994).

3. Il est en tout état de cause indispensable de s'interroger lors de l'élaboration d'un texte sur son champ d'application territorial. Cela est particulièrement vrai, lorsque le texte en projet modifie une réglementation existante - ce qui est le plus fréquemment le cas - afin de s'assurer du champ d'application territorial de celle-ci et mesurer ainsi, du point de vue de leur application territoriale, la portée des modifications envisagées.

Nombreux sont en effet les domaines caractérisés par la coexistence d'un régime de droit commun et d'un régime propre à une portion du territoire (par exemple départements et collectivités d'outre-mer ou départements d'Alsace Moselle), sans que l'existence du second apparaisse toujours à la lecture du premier. De nombreux codes comprennent des divisions consacrées au droit applicable outre-mer, qui dérogent en tout ou partie au droit métropolitain ou l'adaptent et auxquelles il convient de se référer pour avoir une vue d'ensemble de la réglementation.

Si le principe de spécialité législative fait obstacle, s'agissant des collectivités d'outre-mer, à ce que la modification du régime de droit commun emporte en soi des conséquences sur le droit applicable dans ces collectivités, cette question peut se poser à l'égard des dispositions applicables dans les départements d'outre-mer ou d'Alsace Moselle, qui ne sont pas régis par ce principe (pour une hypothèse concernant l'application du code de l'éducation en Alsace Moselle, voir CE 6 juin 2001 Archevêque de Strasbourg).

Dans le même ordre d'idées, on doit prendre garde à ce qu'une disposition ne faisant référence qu'aux seules « régions » sans mentionner explicitement « la collectivité territoriale de Corse » est susceptible d'être interprétée comme ne pouvant être appliquée à celle-ci. Il convient donc de faire figurer systématiquement cette collectivité territoriale si le texte lui est applicable après la référence aux régions.

FICHE 1.3.1

LA HIÉRARCHIE DES NORMES
(Considérations générales)

En vertu du principe de légalité, chaque norme juridique doit se conformer à l'ensemble des règles en vigueur ayant une force supérieure dans la hiérarchie des normes, ou du moins être compatible avec ces normes. La méconnaissance de ce principe est non seulement source de désordres juridiques, mais elle constitue également une faute de l'auteur du texte illégal, susceptible d'engager la responsabilité de la collectivité publique en cause devant les juridictions nationales, communautaires ou internationales. Il est, dès lors, impératif de veiller scrupuleusement à ce que les nouvelles dispositions édictées se trouvent en harmonie avec la hiérarchie des textes déjà en vigueur ou susceptibles de l'être à la date à laquelle ces dispositions prendront effet (lois ou règlements internes ou communautaires en cours d'élaboration, conventions internationales en voie de ratification...).

I. Les normes constitutionnelles

Elles sont au sommet de la hiérarchie de notre droit. Elles comprennent l'ensemble du « bloc de constitutionnalité » composé des règles suivantes :

- le préambule et les articles de la Constitution du 4 octobre 1958 ;
- le préambule de la Constitution de 1946 ;
- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
- la charte de l'environnement
- les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ;
- les principes et objectifs de valeur constitutionnelle.

Dans l'ordre interne, les normes constitutionnelles prévalent sur toutes les autres, y compris les engagements internationaux (CE Ass. 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres).

Prévues par la Constitution en vue de préciser les modalités d'application de certaines de ses dispositions, les lois organiques ne font pas pour autant partie du « bloc de constitutionnalité ». Cependant, une loi ordinaire ne peut empiéter sur le domaine de la loi organique (CC, n° 84-177 DC du 30 août 1984), ni méconnaître les dispositions d'une telle loi (n° 60-8 DC du 11 août 1960).

II. Les normes internationales

Issues des engagements internationaux de la France et régulièrement introduites dans notre droit, elles s'imposent à toutes les normes de droit interne exceptées celles qui ont valeur constitutionnelle. Cette primauté englobe le droit dérivé, créé par les organisations internationales instituées par les traités. Le droit dérivé des institutions communautaires (règlements, directives, décisions à caractère réglementaire) y tient une place toute particulière du fait de l'abondance et de la variété des normes qui en sont issues. Tout texte de loi ou de règlement de droit interne est ainsi susceptible d'être censuré ou écarté pour incompatibilité avec les règles de droit international opposables. Seule, le cas échéant, la non application d'un traité par l'autre ou les autres parties est susceptible de priver les stipulations de ce traité de leur force juridique.

Le Conseil d'Etat (Ass. 20 octobre 1989, Nicolo) et la Cour de cassation (Ch. mix. 24 mai 1975, Sté des cafés J. Vabre), par application de l'article 55 de la Constitution, veillent à la

prééminence du droit international, y compris le droit dérivé, sur les lois et règlements. Une loi, fût-elle postérieure à une règle de droit international opposable, ne peut méconnaître une telle règle et cette interdiction s'étend à tous les actes réglementaires.

III. Les lois

Elles s'imposent à l'ensemble des normes réglementaires. L'élaboration d'un décret doit ainsi toujours comporter un examen des champs de compétence respectifs de la loi et du règlement et, si l'on est dans le champ de compétence de la loi, un examen des normes législatives à respecter (*voir fiche 1.3.2., répartition loi/règlement*). Si une loi qui empiète sur le domaine du règlement n'en est pas pour autant déclarée inconstitutionnelle (CC. n°82-143 DC du 30 juillet 1982), un règlement qui empiète sur le domaine de la loi est nécessairement illégal. De même, le juge administratif se refusant à apprécier la constitutionnalité des lois, un règlement contraire à une loi, alors même que celle-ci serait intervenue dans un domaine réglementaire, est systématiquement déclaré illégal.

Les textes réglementaires d'application des lois doivent également se conformer aux éventuelles réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel lors de son examen de la conformité des lois à la Constitution.

On notera qu'ont force de lois les actes dits lois du gouvernement de Vichy maintenus en vigueur lors du rétablissement de la légalité républicaine (CE, 22 mars 1944, Vincent), les ordonnances prises par le gouvernement provisoire de la République entre 1944 et 1946 (CE, 22 février 1946, Botton) et les dispositions prises par le premier gouvernement de la Vème République sur le fondement de l'article 92 de la Constitution (CE Sect., 12 février 1960, Sté Eky).

IV. Les ordonnances

Dès lors que les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution interviennent, par principe, dans le domaine de la loi, leurs dispositions s'imposent aux détenteurs du pouvoir réglementaire avant comme après leur ratification par le Parlement. La ratification n'a d'incidence que sur la nature du contrôle de légalité susceptible d'être exercé sur une ordonnance. Avant ratification, l'ordonnance, regardée comme un acte administratif, est soumise par le Conseil d'État au respect des normes constitutionnelles et internationales et des principes généraux du droit (CE 4 novembre 1996 Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province) à moins que la loi d'habilitation ne permette de déroger à ceux-ci (CE 29 octobre 2004 Sueur). Après ratification, l'ordonnance acquiert valeur législative et elle ne peut plus être contestée, comme une loi, que par la voie de l'exception d'« inconstitutionnalité », c'est-à-dire de contrariété à une norme internationale.

V. Les normes réglementaires

Il existe une hiérarchie au sein des normes réglementaires. Ainsi, les décrets s'imposent aux autres actes réglementaires émanant des autorités de l'État comme des autorités décentralisées. (*voir également fiche 1.3.4. différentes catégories de décrets*).

Les actes individuels doivent, de façon générale, respecter les actes réglementaires en vigueur dans le domaine où ils interviennent, même si l'acte réglementaire émane d'une autorité subordonnée, dès lors que celle-ci est intervenue dans son champ de compétence.

VI. La jurisprudence

Les principes ou règles issues de la jurisprudence, au premier rang desquels figurent les principes généraux du droit, doivent être respectés par les actes réglementaires.

FICHE 1.3.2

LA REPARTITION LOI/REGLEMENT
(considérations générales)

Il appartient au rédacteur d'un projet de loi ou d'un projet de décret de veiller scrupuleusement au respect du partage entre la loi et le règlement.

En effet, une disposition législative renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de fixer des règles qui auraient dû être fixées par la loi est contraire à la Constitution (décision n°84-173 DC du 26 juillet 1984). Elle pourra donc être censurée par le Conseil constitutionnel pour « incompétence négative ».

Si, en sens inverse, une loi contenant des dispositions de nature réglementaire n'est pas inconstitutionnelle (décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982), il importe d'éviter un tel empiètement. En effet, les dispositions en cause ne pourront être modifiées ou abrogées que par une nouvelle loi, sauf si le Conseil constitutionnel, saisi de la loi initiale après son adoption, les a qualifiées de réglementaires (voir décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005) ou que, ultérieurement, il a fait droit à une demande de déclassement en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution.

Enfin, le Conseil d'Etat annule pour incompétence les dispositions réglementaires intervenues dans le domaine de la loi (CE, Ass., 9 juillet 1971, Conseil national de l'ordre des pharmaciens), à moins qu'elles n'aient été prises sur le fondement d'une habilitation législative précise, dont il se refuse à contrôler la constitutionnalité.

I. Principes généraux de répartition

A. Article 34 de la Constitution

Il est essentiellement défini par les dispositions de l'article 34 de la Constitution. Cet article prévoit que la loi :

- fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie ; le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ; la création de catégories d'établissements publics ; les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ; les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ;

- et détermine les principes fondamentaux : de l'organisation générale de la Défense nationale ; de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ; de l'enseignement ; du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale et la préservation de l'environnement

La distinction entre les matières dont la loi « détermine les principes fondamentaux » et celles dont elle « fixe les règles » n'a qu'une portée limitée. En principe, en effet, seuls les éléments déterminants d'une règle doivent figurer dans la loi (décision n°59-1 L du 27 novembre 1959).

B. Autres dispositions constitutionnelles pouvant fonder la compétence du législateur

La compétence du législateur se fonde également sur d'autres dispositions de valeur constitutionnelle, notamment :

- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (articles 7 à 11) et le Préambule de la Constitution de 1946 (article 7) ;

- l'article 3 de la Constitution qui dispose que les conditions d'exercice du droit électoral sont déterminées par la loi ;

- l'article 53 qui énumère les traités ou accords internationaux ne pouvant être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi ;

- ou encore les articles 72 à 74-1 qui prévoient que la loi organique ou la loi ordinaire fixent certains principes relatifs à l'organisation ou au fonctionnement des collectivités territoriales.

C. Loi organique précisant le contenu d'une loi

La Constitution renvoie parfois à une loi organique le soin de préciser le contenu d'une loi. Les lois organiques sont donc également source de la compétence législative. C'est le cas, par exemple, de la loi organique du 22 juillet 1996 relative aux lois de financement de la sécurité sociale ou de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (*voir fiches 1.3.4., les lois de finances et 1.3.5., les lois de financement de la sécurité sociale*).

D. Dérogation à un principe général du droit

On notera enfin que seule une loi peut déroger à un principe général du droit (décision n°69-55 L du 26 juin 1969), ce qui a pour conséquence d'étendre le domaine d'intervention du législateur au-delà de ce que prévoient expressément la Constitution et les lois organiques. Ainsi, une loi est nécessaire pour déroger au principe général de non-rétroactivité des actes administratifs.

E. Article 37 de la Constitution

Le domaine réglementaire est défini par l'article 37 de la Constitution qui dispose que « les matières autres que celles qui font partie du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

On distingue traditionnellement, au sein de ce domaine réglementaire, les règlements autonomes et les règlements d'exécution des lois.

Les premiers interviennent dans les matières étrangères au domaine législatif, comme l'organisation de l'administration d'Etat, la procédure administrative ou la procédure civile.

Les seconds interviennent dans les matières dont la loi fixe les règles ou détermine les principes fondamentaux. Ils ont pour objet de préciser les modalités de mise en œuvre des dispositions législatives. Là réside sans doute la principale difficulté : distinguer une disposition qui met en cause une règle essentielle, nécessitant l'intervention du législateur, d'une disposition qui en précise les modalités d'application et qui relève ainsi du pouvoir réglementaire.

De nombreuses décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat ont permis de préciser les contours de cette distinction et constituent une source d'informations précieuse pour le rédacteur. Quelques unes d'entre elles sont répertoriées ci-après.

II. Jurisprudence

Les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°61-13 L du 3 mai 1961	Détermination des catégories de citoyens qui peuvent voter par procuration	Fixation des conditions pratiques d'exercice du droit de vote par procuration
CE, Ass., 30 mars 1962, <i>Association nationale de la meunerie et autres</i>	Limites de la compétence des juridictions administratives et judiciaires	
n°84-173 DC du 26 juillet 1984	Rôle d'une autorité administrative indépendante instituée pour veiller à l'exercice d'une liberté	
n°88-157 L du 10 mai 1988	Possibilité de se pourvoir en cassation	Modalités suivant lesquels les pourvois en cassation sont formés, instruits et jugés
CE, 29 avril 2002, <i>M. Gabriel Ullmann</i>	Etendue du droit d'accès aux documents administratifs	

Les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens ; l'organisation générale de la Défense nationale

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°66-42 L du 17 novembre 1966		Statut des personnels relevant des cadres des réserves de l'armée de l'air, qui ne sont pas des fonctionnaires civils ou militaires de l'Etat
n°67-45 L du 9 mai 1967	Principe selon lequel la préparation et la conduite des efforts en matière de défense sont assurées dans le cadre d'une organisation territoriale qui repose sur des circonscriptions	Nature et limites de ces circonscriptions
n°68-8 FNR du 27 novembre 1968	Reconnaissance de la qualité de combattant	
n°90-285 DC du 28 décembre 1990	Règles ayant pour objet d'assurer une réparation aux personnes victimes de dommages corporels dus à des faits de guerre	

La nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°64-30 L du 17 septembre 1964	Règle suivant laquelle les décisions d'adoption doivent être reportées sur un registre d'état civil dans un délai déterminé	
CE, 25 juillet 1975, <i>Société « Les éditions des Mairies »</i>		Détermination du format et des modèles de livret de famille
n°86-145 L du 19 mars 1986	Principe selon lequel les certificats de nationalité française sont délivrés par un magistrat ou un fonctionnaire relevant de l'ordre judiciaire	Répartition des compétences au sein de l'ordre judiciaire pour la mise en œuvre de cette garantie

La détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°69-55 L du 26 juin 1969	Fixation d'un délai dont l'inobservation est un des éléments constitutifs d'un délit	
n°75-56 DC du 23 juillet 1975	Toute disposition de procédure pénale	
CE, Sect., 4 mai 1979, <i>Comité d'action des prisonniers et autres</i>		Sanctions disciplinaires infligées aux détenus
CE, 28 juillet 2000, <i>Association Premier Janvier 1998</i>		Saisine du procureur de la République par le Conseil supérieur de la télématique
CE, 30 décembre 2003, <i>Union nationale CGT des affaires sociales</i>	Détermination des agents ou catégories d'agents habilités à rechercher et constater des infractions pénales	

La création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°61-14 L du 18 juillet 1961	Création de tribunaux d'instance à compétence exclusive en matière pénale	Détermination du nombre, du siège et du ressort de ces tribunaux
CE, Ass., 13 juillet 1962, <i>Conseil national</i>	Création d'une section des assurances sociales au sein du	

<i>de l'Ordre des médecins</i>	Conseil régional de discipline	
--------------------------------	--------------------------------	--

n°64-31 L du 21 décembre 1964	Création de tribunaux pour enfants Règles constitutives de ces tribunaux : mode de désignation des assesseurs et durée de leurs fonctions	
n°65-33 L du 9 février 1965	Création des chambres de l'expropriation	Modalités de la procédure à suivre devant les chambres de l'expropriation
CE, 4 novembre 1992, <i>Faure et autres</i>		Choix du scrutin majoritaire pour l'élection des conseillers prud'hommes appelés à tenir les audiences de référé

L'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°68-50 L du 30 janvier 1968		Dispositions relatives aux rémunérations pour services rendus, qui ne sont pas des impositions
n°80-119 L du 2 décembre 1980	Détermination de la charge de la preuve en matière fiscale	
n°82-124 L du 23 juin 1982	Composition d'un organisme dont l'avis conforme est requis pour la fixation de l'assiette et du taux d'une imposition	
CE, Ass., 3 juillet 1998, <i>Syndicat des médecins Aix et région et autres</i>	Détermination des limites à l'intérieur desquelles le taux d'une imposition peut être modulé	Modulation, à l'intérieur des limites fixées par le législateur, du taux d'une imposition

Le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°62-20 L du 4 décembre 1962	Règles relatives au mode de scrutin, à la répartition des sièges, à l'ouverture des recours contre les élections et aux effets des décisions juridictionnelles rendues en la matière	
n°86-208 DC des 1 ^{er} et 2 juillet 1986	Délimitation des circonscriptions électorales	

n°92-316 DC du 20 janvier 1993	Règle qui prévoit que la commission nationale des comptes de campagne est auditionnée par une commission composée de représentants de partis politiques	Règles de désignation des représentants des partis politiques et de fonctionnement des auditions, dès lors que la commission n'a ni pouvoir d'instruction ni pouvoir de contrôle
n°99-187 L du 6 octobre 1999		Détermination du chef-lieu des circonscriptions électorales
CE, Ass., 10 septembre 1992, <i>Meyet</i>		Fixation des modalités nécessaires à l'organisation d'un référendum

La création de catégories d'établissements publics

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°59-1 L du 27 novembre 1959 n°82-127 L du 10 novembre 1982	Création d'un établissement public constituant à lui seul une catégorie d'établissement public : - RATP - Centre Pompidou	
n°79-108 L du 25 juillet 1979		Création d'un établissement public entrant dans une catégorie existante : - ANPE
n°59-1 L du 27 novembre 1959	Règles constitutives d'un établissement public constituant à lui seul une catégorie d'établissement public, comme celle prévoyant la présence de représentants des collectivités territoriales au sein du conseil d'administration de la RATP	Nombre de représentants des collectivités territoriales au sein du conseil d'administration de la RATP
n°87-150 L du 17 mars 1987		Caractère administratif ou industriel et commercial d'un établissement public

Les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°60-8 L du 14 octobre 1960	Droit d'option entre le statut de fonctionnaire et un statut particulier	Fixation du délai pendant lequel peut s'exercer ce droit d'option
CE, Sect., 22 avril 1966, <i>Fédération nationale des syndicats de police</i>	Principe de désignation, par voie d'élection, des représentants du personnel au sein des commissions administratives paritaires	Mode de scrutin
n°77-100 L du 16 novembre 1977		Statut des agents des offices publics d'HLM, qui ne sont pas des fonctionnaires, dès lors qu'il ne met pas en cause la libre administration des collectivités territoriales
CE, 4 mai 1981, <i>Fédération autonome des syndicats de police</i>		Disposition imposant une présence en dehors des heures normales de service, lorsque l'intérêt du service l'exige
n°91-165 L du 12 mars 1991	Principe du recrutement par concours, nature des conditions exigées pour se présenter au concours	Modalités du choix du jury de concours, détail des conditions exigées pour se présenter au concours

Les nationalisations et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°81-132 DC du 16 janvier 1982	Poser les règles de transfert des entreprises du secteur public au secteur privé	Décider d'une opération impliquant un transfert du secteur public au secteur privé
CE, 11 octobre 1985, <i>Syndicat général de la recherche agronomique CFDT</i>		Possibilité donnée à un établissement public de prendre des participations financières sans cession d'éléments d'actif susceptibles de constituer une entreprise
n°98-182 L du 6 mars 1998	Création d'une commission chargée d'évaluer la valeur des entreprises publiques avant leur transfert au	Choix de la dénomination de cette commission

	secteur privé	
--	---------------	--

La libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°64-29 L du 12 mai 1964	Détermination du domaine de la tutelle administrative qui s'exerce sur les collectivités territoriales	Répartition des attributions de cette tutelle entre les diverses autorités susceptibles de l'exercer
n°67-49 L du 12 décembre 1967	Transfert de compétence d'une collectivité territoriale à l'Etat	Désignation de l'autorité devant exercer au nom de l'Etat la compétence ainsi transférée
n°88-154 L du 10 mars 1988	Obligation faite aux collectivités territoriales de motiver une décision de refus de communiquer un document administratif	
Avis AG n°359646 du 13 février 1997		Disposition prévoyant la présence de deux élus locaux dans une commission administrative
CE, 19 mars 1997, <i>Département de la Loire et Assemblée des présidents des conseils généraux</i>	Disposition restreignant la possibilité pour les collectivités territoriales de créer certains emplois	
n°99-184 L du 18 mars 1999	Création de la Commission nationale du débat public, qui peut être appelée à organiser des débats sur les projets des collectivités territoriales	Composition de la Commission nationale du débat public dont le rôle est consultatif

L'enseignement

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
CE, Ass., 12 juillet 1969, <i>Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Etienne</i>	Principe du jury pour un examen	Modalités d'organisation de cet examen
CE, Sect., 9 avril 1976, <i>Conseil des parents d'élèves des écoles publiques de la mission universitaire et culturelle</i>		Taux et modalités de perception des droits d'inscription, de scolarité, d'examens, de concours et de diplôme dans les établissements

<i>française au Maroc</i>		de l'Etat
CE, 27 avril 1977, <i>Syndicat national des instituteurs</i>	Attribution de bourses aux élèves de l'enseignement supérieur privé	
n°91-167 L du 19 décembre 1991	Limitation du nombre des étudiants pouvant avoir accès aux études médicales	Détermination des circonscriptions à l'intérieur desquelles s'applique la limitation du nombre des postes mis au concours
n°99-185 L du 18 mars 1999	Dispositions donnant compétence à l'Etat pour accorder l'habilitation à délivrer un titre d'ingénieur diplômé	Désignation, au sein de l'Etat, des autorités chargées d'accorder cette habilitation

Le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°62-21 L du 4 décembre 1962	Droit au maintien dans les lieux des locataires	
n°64-29 L du 12 mai 1964		Dispositions mettant des obligations à la charge des entreprises ayant passé des marchés avec les collectivités territoriales
n°65-35 L du 2 juillet 1965	Règles de constitution des sociétés et règles relatives aux rapports susceptibles d'être noués par les sociétés avec les tiers	Dispositions imposant à certaines sociétés l'obligation de publier divers documents pour l'information de leurs actionnaires et des tiers
n°67-43 L du 26 janvier 1967	Privation des droits d'un propriétaire	
n°2000-190 L du 7 novembre 2000	Institution d'une police spéciale de la chasse	Désignation des espèces d'animaux nuisibles pouvant faire l'objet de chasses
n°84-137 L du 4 juin 1984	Dispositions soumettant des contrats à des conditions spéciales	

Le droit du travail et le droit syndical

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°79-106 L du 22 février 1979	Existence d'allocations spéciales en faveur de certaines catégories de travailleurs et nature des conditions exigées pour l'attribution de ces allocations	Précisions sur les conditions d'attribution des allocations, notamment celle tenant à l'âge des bénéficiaires

n°89-257 DC du 25 juillet 1989	Principe selon lequel une convention collective peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements	
n°91-166 L du 13 juin 1991	Obligation faite à tout employeur d'établir les listes des salariés qu'il emploie aux fins de les communiquer à l'autorité administrative en vue de l'établissement des listes électorales pour l'élection des conseillers prud'hommes	Détermination des éléments d'information devant figurer sur ces listes
n°93-174 L du 6 avril 1993	Détermination des autorités et départements ministériels dont dépendent les fonctionnaires chargés des fonctions d'inspecteur du travail	
CE Ass., 21 octobre 1994, <i>Société Tapis Saint-Maclou</i>	Dispositions habilitant l'inspecteur du travail à saisir le juge civil des référés pour faire cesser le travail le dimanche	

Le droit de la sécurité sociale

Décision	Domaine de la loi	Domaine du règlement
n°60-10 L du 20 décembre 1960	Détermination des catégories de personnes assujetties à l'obligation de cotiser et partage de cette obligation entre employeurs et salariés	Fixation du taux de la part qui incombe à chacune de ces catégories dans le paiement de la cotisation
CE, Ass., 27 novembre 1964, <i>Caisse centrale de secours mutuel agricole</i>	Principe de l'administration des caisses de sécurité sociale par leurs représentants élus	Exercice par l'autorité administrative de son pouvoir de tutelle sur les caisses de sécurité sociale
n°80-115 L du 15 octobre 1980	Détermination des conditions que doivent remplir les membres des conseils d'administration des caisses de sécurité sociale	
CE Ass., 20 décembre 1995, <i>Collectif national Kiné-France</i>	Limitation quantitative des actes des masseurs-kinésithérapeutes	
CE, 12 juin 1998, <i>Fédération des aveugles et handicapés visuels de France</i>	Principes fondamentaux de l'aide sociale : détermination des catégories de personnes appelées à bénéficier de la prestation spécifique dépendance et nature des conditions exigées pour l'attribution de cette allocation	Précisions sur les conditions d'attribution, notamment celle tenant à l'âge requis

FICHE 1.3.3

**LES DIFFERENTES CATÉGORIES
DE DÉCRETS**

On distingue trois catégories de décrets : les décrets simples, les décrets en Conseil d'Etat et les décrets en conseil des ministres, étant précisé que ces derniers peuvent également être des décrets en Conseil d'Etat. (*voir fiches 2.4., étapes de l'élaboration d'un décret.*)

I. Les décrets en conseil des ministres

En vertu de l'article 13 de la Constitution, les décrets délibérés en conseil des ministres sont signés par le Président de la République. Ils sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables (*voir fiche 3.9.1, les actes du Président de la République*). Ils comportent, dans les visas, la mention : « *Le conseil des ministres entendu*, ».

Un décret doit être délibéré en conseil des ministres dès lors qu'un texte le prévoit. Ce texte peut être :

- une disposition constitutionnelle : l'article 13 de la Constitution dispose ainsi que certains fonctionnaires, parmi lesquels les ambassadeurs, les préfets et les directeurs des administrations centrales, sont nommés en conseil des ministres et l'article 36 que l'état de siège est décrété en conseil des ministres ;

- une loi organique ou ordinaire même si, en principe, il n'appartient pas au législateur de prévoir qu'un décret sera délibéré en conseil des ministres : en vertu de l'article 42 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, les traitements des magistrats sont fixés par décret en conseil des ministres ; l'article 8 de la loi du 11 janvier 1984 portant statut général de la fonction publique d'Etat prévoit que doivent être délibérés en conseil des ministres les décrets portant statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires ;

- un décret : le décret n°59-178 du 22 janvier 1959 dispose que les attributions des ministres sont fixées par décrets en conseil des ministres et le décret n°97-34 du 15 janvier 1997 que la liste des décisions administratives individuelles prises par les ministres et non par les préfets est fixée par décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres.

Dans les faits, des considérations liées à la nature ou à l'importance du sujet traité peuvent expliquer que des décrets soient délibérés en conseil des ministres, alors qu'aucun texte ne le prévoit.

Il convient toutefois d'être conscient des conséquences d'un tel choix. Il résulte en effet de la jurisprudence qu'un décret délibéré en conseil des ministres postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, alors même qu'aucun texte ne l'imposait, ne peut plus être modifié ou abrogé que par décret en conseil des ministres (CE, Ass., 10 septembre 1992, Meyet). Toutefois, la règle de compétence ainsi posée par la jurisprudence ne s'appliquerait pas si une norme hiérarchiquement supérieure à un décret en conseil des ministres (par ex une loi) donnait explicitement compétence à une autorité autre que le Président de la République pour édicter une réglementation dans le domaine dans lequel est intervenu le décret en cause.

Si l'on souhaite éviter cet « effet de cliquet », il importe d'introduire dans un décret délibéré en conseil des ministres en dehors de toute obligation légale un article final prévoyant que ce décret pourra être modifié par décret simple ou par décret en Conseil d'Etat (ex : « *Le présent décret peut être modifié par décret* »). De même, dans le cas d'un décret dont seules certaines dispositions devaient être délibérées en conseil des ministres, un article final prévoira que les autres dispositions peuvent être modifiées par décret.

II. Les décrets en Conseil d'Etat

Ce sont les décrets pour lesquels une disposition constitutionnelle (second alinéa de l'article 37 de la Constitution), un texte législatif ou un texte réglementaire prévoient qu'ils sont soumis à l'avis du Conseil d'Etat. Il arrive aussi qu'en l'absence d'un texte le prévoyant, le Gouvernement et le Conseil d'Etat s'accordent en raison de l'objet ou de l'importance d'un décret, pour l'élever au niveau du décret en Conseil d'Etat. Les décrets en Conseil d'Etat portent la mention « *Le Conseil d'Etat entendu*, ».

La méconnaissance de l'obligation de consulter le Conseil d'Etat, que cette obligation résulte d'un texte ou de la circonstance que le texte modifié a été pris en Conseil d'Etat, entache le texte d'illégalité. Cette illégalité pourra être soulevée d'office par le juge.

Le rédacteur prendra garde aux articles « balais » des codes ou lois qui prévoient que les mesures d'application d'un ensemble d'articles, voire d'un chapitre ou d'un livre, sont prises, « *sauf dispositions contraires* », par décret en Conseil d'Etat. Il faut, dans ce cas, recourir à un décret en Conseil d'Etat, à moins que la disposition à appliquer ne renvoie expressément à un décret simple (ou à un arrêté) (voir *fiche 3.5.1 Le renvoi par une loi à des textes réglementaires*).

La catégorie des règlements d'administration publique (décrets qui devaient être soumis à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat) a été supprimée en 1980. Les règlements d'administration publique existants sont considérés comme étant des décrets en Conseil d'Etat. Ils peuvent donc être modifiés ou abrogés par décret en Conseil d'Etat. Lorsque, dans les visas ou le corps d'un texte, on se réfère à un décret pris en cette forme, il convient de faire disparaître de son intitulé les mots « règlement d'administration publique ».

Il importe d'éviter de soumettre au Conseil d'Etat un décret comportant à la fois des dispositions relevant du décret en Conseil d'Etat et d'autres relevant du décret simple. Il résulte en effet de la jurisprudence que les dispositions de ce décret, dont le niveau résultera du seul usage de la formule « *le Conseil d'Etat entendu*, » dans les visas, ne pourront ensuite être modifiées que par décret en Conseil d'Etat (CE, Ass., 3 juillet 1998, Syndicat national de l'environnement CFDT et autres). Le mieux dans ce cas consiste donc à rédiger deux textes distincts. En cas d'impossibilité, il convient à tout le moins de prévoir un article final ouvrant la possibilité de modifier telles et telles dispositions par décret. Cette précision doit également figurer dans les décrets de « déclassement » pris en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution, s'ils n'ont été soumis au Conseil d'Etat qu'en raison de l'utilisation de cette procédure. On signalera toutefois que la règle de compétence posée par la jurisprudence *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres* cesse de s'appliquer si une norme hiérarchiquement supérieure à un décret en Conseil d'Etat (par ex une loi) a prévu que les mesures en cause peuvent être prises par décret. Ainsi, un décret qui a été spontanément soumis à l'avis du Conseil d'Etat avec l'utilisation dans les visas de la formule « *le Conseil d'Etat entendu*, » pourra être modifié par décret simple dans l'hypothèse où, postérieurement à son édicition, le législateur est intervenu et a prévu, dans la matière considérée, que les mesures d'application de la loi seront prises « par décret ».

III. Les décrets simples

Ce sont les décrets qui ne sont ni des décrets en Conseil d'Etat ni des décrets en conseil des ministres. Il s'agit du mode normal d'exercice du pouvoir réglementaire.

Il est toujours possible, dès lors que le sujet traité le justifie, de soumettre un décret simple à l'examen du Conseil d'Etat. Pour les distinguer des décrets en Conseil d'Etat, ces décrets comportent la mention « *après avis du Conseil d'Etat,* » et non « *Le Conseil d'Etat entendu,* ». Les décrets pris « *après avis du Conseil d'Etat,* » peuvent être modifiés par décret simple. Aussi est-il préférable, lorsque le Gouvernement soumet un projet de décret au Conseil d'Etat sans y être tenu, de recourir, dans les visas du projet soumis à la Haute Assemblée à cette formule plutôt que d'ériger ce texte en décret en Conseil d'Etat par l'emploi de la formule « *Le Conseil d'Etat entendu,* ».

Les décrets simples sont, en règle générale, des décrets du Premier ministre. Dans certains cas toutefois, il s'agit de décrets du Président de la République (*voir fiche 3.9.1, Les actes du Président de la République*).

FICHE 1.3.4

LES LOIS DE FINANCES

Outre leur caractère annuel, les lois de finances ont ceci de particulier que la Constitution et la loi organique fixent des règles relatives à leur présentation et à leur contenu et définissent une procédure de discussion et d'adoption qui se distingue de celle applicable aux lois ordinaires (voir *fiche 2.2.8., étapes de l'élaboration d'une loi - particularités*). Du point de vue de la hiérarchie des normes, elles ne sont pas supérieures aux autres lois ; mais une loi ordinaire ne peut pas, sans méconnaître la Constitution et encourir en conséquence une censure par le Conseil constitutionnel, empiéter sur le domaine réservé aux lois de finances.

I. Dispositions applicables

Aux termes de l'article 34 de la Constitution : « *Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.* ». Par ailleurs, le premier alinéa de l'article 47 dispose que « *Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique.* ».

Prise en application de ce double renvoi, la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) a abrogé et remplacé l'ordonnance organique du 2 janvier 1959. Cette loi organique est entrée en vigueur de manière échelonnée, par l'effet de ses articles 61 à 66. Elle est, à compter du 1^{er} janvier 2005, applicable dans l'ensemble de ses dispositions, sous la seule réserve que les lois de finances afférentes à l'exercice 2005 et aux exercices précédents restent régies par les dispositions antérieurement applicables (article 67, dernier alinéa). La LOLF a été précisée et complétée sur certains points par la loi organique n° 2005-517 du 7 juillet 2005.

La LOLF a apporté de profonds changements aux règles antérieures, notamment en ce qui concerne la présentation et le vote des dépenses ; mais elle n'a pas remis en cause les grands principes du droit budgétaire - l'annualité, l'unité et l'universalité du budget, auxquels on peut ajouter un principe de sincérité - ni l'architecture générale des lois de finances. Aussi peut-on considérer que, quoique rendue sous l'empire de l'ordonnance du 2 janvier 1959, l'abondante jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux lois de finances est, pour l'essentiel, toujours valable, sous réserve évidemment de celles des décisions qui appliquent et interprètent des dispositions de cette ordonnance abrogées ou substantiellement modifiées par la LOLF.

II. Les différentes lois de finances

L'article 1^{er} de la LOLF distingue quatre catégories de lois de finances.

A. La loi de finances de l'année, ou loi de finances initiale

C'est celle qui, pour un exercice, prévoit les recettes, autorise les dépenses et arrête l'équilibre budgétaire ; elle est présentée conformément aux dispositions de l'article 34 de la LOLF, qui prévoient une organisation en deux parties distinctes et fixent le contenu de chacune de ces parties, en énumérant les mesures qui doivent y figurer et celles qui peuvent y figurer ; le projet de loi de finances de l'année doit, en application de l'article 39 de la LOLF, être déposé au Parlement au plus tard le premier mardi d'octobre de l'année qui précède celle à laquelle il se rapporte (voir *fiche 2.2.8., étapes de l'élaboration d'une loi - particularités*)

B. Les lois de finances rectificatives

Définies à l'article 35 de la LOLF, elles modifient en cours d'année les dispositions de la loi de finances de l'année. Elles ajustent les plafonds de dépenses et les données de l'équilibre et, pour le reste, sont présentées en tout ou partie comme la loi de finances de l'année. Il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que le Gouvernement est, dans certaines circonstances, tenu de préparer et de soumettre au Parlement une loi de finances rectificative (n° 91-298 DC du 24 juillet 1991 ; n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002).

C. La loi de règlement

Elle a pour objet d'arrêter le montant définitif des recettes et des dépenses de l'exercice auquel elle se rapporte et le résultat budgétaire qui en découle. Elle peut comporter d'autres dispositions, dans les limites prévues aux IV et V de l'article 37 de la LOLF.

D. La « loi spéciale » autorisant le Gouvernement à continuer à percevoir les impôts existants.

Enfin, reflétant une décision du Conseil constitutionnel (n° 79-111 DC du 30 décembre 1979), l'article 45 de la LOLF ouvre la possibilité, dans le cas où la loi de finances de l'année n'a pu être adoptée à temps, d'une « loi spéciale » autorisant le Gouvernement à continuer à percevoir les impôts existants.

NB : Il est à noter que, jusqu'à récemment, il était d'usage de donner aux lois de finances et lois de finances rectificatives l'intitulé spécial suivant : « loi de finances [rectificative] pour ... (n° ... du ...) ». Toutefois, depuis la loi de finances pour 2005, c'est la présentation habituelle des lois qui est retenue : « loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 ». Ce changement n'ayant évidemment pas de portée rétroactive, il convient, lorsque l'on se réfère dans un texte à une loi de finances ou à une loi de finances rectificative, de lui donner l'intitulé qui était le sien lors de sa publication ; les lois de finances et lois de finances rectificatives publiées antérieurement à 2004 conservent donc leur intitulé initial.

III. Le contenu des lois de finances

Selon une distinction que le Conseil constitutionnel a reprise à son compte (dans sa décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001 sur la LOLF, considérants 69 et 70), le domaine des lois de finances est obligatoire, exclusif ou facultatif. Pour être tout à fait exact, il convient en réalité de distinguer entre domaine obligatoire et exclusif, domaine facultatif et exclusif et domaine facultatif et partagé. Les dispositions qui ne relèvent d'aucune de ces catégories ne peuvent être insérées dans une loi de finances.

A. Domaine obligatoire et exclusif

Certaines dispositions doivent obligatoirement figurer dans chaque loi de finances de l'année, chaque loi de finances rectificative ou chaque loi de règlement et ne peuvent être insérées que dans une telle loi. Ce sont, pour l'essentiel, les dispositions proprement budgétaires, c'est-à-dire celles relatives à l'autorisation de perception des impôts, à l'évaluation des ressources de l'Etat, à la détermination des plafonds de dépenses et d'emplois ainsi qu'à l'équilibre budgétaire et à la trésorerie. S'agissant de la loi de finances de l'année, on en trouve l'énumération au III de l'article 34 de la LOLF (à savoir : 1°, 5°, 6°, 7° et 8° du I et 1°, 2° et 3° du II de cet article).

B. Domaine facultatif et exclusif

D'autres dispositions ne peuvent être introduites que dans une loi de finances, mais ne figurent pas nécessairement dans chaque loi de finances. Ce sont principalement :

- les dispositions relatives aux affectations de recettes au sein du budget de l'Etat (3° du I de l'article 34) ;

- l'octroi de garanties de l'Etat et la définition de leur régime (5° du II de l'article 34) ;
- la prise en charge de la dette de tiers (6° du II de l'article 34) ;
- l'affectation à une autre personne morale d'une ressource établie au profit de l'Etat (article 36) ;
- le régime des dérogations à l'obligation de dépôt au Trésor public des disponibilités des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (3° de l'article 26).

S'agissant des garanties accordées par l'Etat, la pratique avait varié compte tenu de l'ambiguïté des termes de l'ordonnance du 2 janvier 1959 sur ce point. Il est désormais clair que seule la loi de finances peut prévoir l'octroi d'une garantie (voir aussi l'article 61 de la LOLF).

C.Domaine facultatif et partagé

Certaines dispositions peuvent être inscrites en loi de finances (de l'année ou rectificative), mais sans que celle-ci ait à ce titre un monopole. Pour ces matières, un choix s'ouvre donc entre loi de finances et loi ordinaire. Le 7° du II de l'article 34 de la LOLF énumère ainsi les dispositions qui peuvent figurer dans la seconde partie de la loi de finances (de l'année, et en vertu du renvoi qui figure à l'article 35, rectificative) :

1/ dispositions relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions de toute nature qui n'affectent pas l'équilibre budgétaire ;

2/ dispositions qui affectent directement les dépenses budgétaires de l'année ;

3/ définition des modalités de répartition des concours de l'Etat aux collectivités territoriales ;

4/ approbation des conventions financières ;

5/ dispositions relatives à l'information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques ;

6/ dispositions relatives à la comptabilité de l'Etat et au régime de responsabilité pécuniaire des agents des services publics.

Il doit être signalé que ce domaine facultatif et partagé est élargi par la réforme intervenue en 2001 : dans le cadre de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959, les dispositions mentionnées aux 5/ et 6/ ci-dessus relevaient du domaine exclusif de la loi de finances (deuxième alinéa de l'article 1^{er} de cette ordonnance ; cf par exemple décision n° 95-358 DC du 21 janvier 1995) ; tandis qu'au contraire, les modalités de répartition des concours de l'Etat aux collectivités territoriales (3/) étaient jugées hors champ de la loi de finances (voir n° 89-268 DC du 29 décembre 1989 ou n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002).

S'agissant des mesures fiscales, elles sont à inscrire dans la première partie de la loi de finances si elles affectent l'équilibre du budget de l'Etat pour l'exercice considéré (2° du I de l'article 34 de la LOLF) et en seconde partie si elles n'ont pas cet effet (a du 7° du II de cet article). Mais dans l'un et l'autre cas, la compétence est partagée avec le législateur ordinaire, chargé par l'article 34 de la Constitution de fixer les règles concernant « *l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute natures* ».

Il résulte au demeurant de l'article 33 de la LOLF, qui reflète une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel (voir notamment les décisions n° 78-95 DC du 27 juillet 1978 et n° 95-365 DC du 27 juillet 1995), que s'il appartient à la seule loi de finances de prévoir les recettes et de définir

l'équilibre budgétaire, cela ne fait pas obstacle à ce que soit votée une loi ordinaire comportant des dispositions fiscales qui affectent les ressources budgétaires de l'année en cours ; mais c'est à condition que les conséquences sur l'équilibre financier en soient tirées dans la plus prochaine loi de finances afférente à cette année. Un même raisonnement s'applique aux recettes non fiscales et aux charges budgétaires : à défaut, la contrainte financière empêcherait le législateur d'exercer pleinement les compétences qu'il tient de la Constitution.

D. Cavaliers budgétaires

Les dispositions qui ne relèvent pas des trois catégories précédentes n'ont pas leur place dans une loi de finances. Qualifiées de « cavaliers budgétaires » quand elles y sont néanmoins insérées, elles sont disjointes par le Conseil d'Etat lors de l'examen du projet et courent le risque d'être censurées par le Conseil constitutionnel.

La question se pose le plus souvent à propos de l'insertion dans le projet de loi de finances de mesures qui n'ont pas un caractère essentiellement financier, mais dont il est soutenu qu'elles ont un effet sur les charges de l'Etat. Dans le régime issu de la LOLF qui vient d'être décrit, de telles mesures doivent, pour avoir une place légitime en loi de finances, être de celles qui « affectent directement les dépenses budgétaires de l'année » (b/ du 7° du II de l'article 34). Cette formulation est nouvelle, mais ne devrait pas conduire à une inflexion notable des principes dégagés par le Conseil constitutionnel dans la longue série de ses décisions relatives aux « cavaliers budgétaires » :

- les dispositions en cause doivent avoir une incidence « directe » sur les charges de l'Etat (n° 93-330 DC du 29 décembre 1993 ; n° 96-385 DC du 30 décembre 1996) ou « concerner leur détermination » (n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001 ; n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003) ;

- sont admises les mesures qui, sans avoir elles-mêmes cet effet, forment avec des dispositions ayant leur place en loi de finances les « éléments indissociables d'un dispositif d'ensemble » (n° 86-201 DC du 28 décembre 1986 ; n° 96-385 DC du 30 décembre 1996 ; n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001).

Une précision toutefois : les termes précités de la LOLF excluent l'insertion dans une loi de finances de mesures n'ayant qu'un effet différé, puisqu'il y est fait référence aux « dépenses budgétaires de l'année ». Or, le Conseil constitutionnel avait admis à plusieurs reprises l'inscription en loi de finances de dispositifs ayant un effet sur les charges de l'Etat mais au titre d'exercices budgétaires ultérieurs (cf n° 96-385 DC et n° 96-386 DC du 30 décembre 1996) : l'incidence devait être directe, mais pas nécessairement directe et immédiate. Appliqué strictement, le b/ du 7° du II de l'article 34 de la LOLF est notamment de nature à limiter voire à supprimer la possibilité d'insertion en loi de finances rectificative de fin d'année de dispositions législatives permanentes à caractère non fiscal ; il empêchera aussi d'introduire dans la loi de finances de l'année des dispositions dont l'effet budgétaire n'apparaît qu'au cours d'exercices ultérieurs.

IV. Les règles à respecter

Il se déduit de ce qui précède les trois règles suivantes :

- il faut inscrire dans chaque projet de loi de finances (de l'année, rectificative ou de règlement) toutes les dispositions qui doivent y figurer ;

- il faut s'abstenir d'y introduire des dispositions qui n'y ont pas leur place ;

- enfin, il ne faut pas insérer dans un projet de loi ordinaire des dispositions relevant du domaine exclusif des lois de finances.

Ces règles sont simples à énoncer, mais leur application peut soulever de délicates questions.

- Tout d'abord, il n'est pas toujours aisé d'apprécier si une disposition ou un ensemble de dispositions comporte un lien suffisamment étroit avec la détermination des charges de l'Etat pour entrer dans le domaine partagé des lois de finances. On pourra toutefois se reporter aux nombreuses décisions du Conseil constitutionnel statuant sur ce point, qui ont envisagé des cas de figure variés. Peuvent être citées à cet égard les décisions n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001 et n° 2003-488 du 29 décembre 2003, qui censurent chacune plusieurs cavaliers ; ou en sens inverse les décisions n° 93-330 du 29 décembre 1993 et n° 96-385 DC du 30 décembre 1996, qui valident l'insertion en loi de finances de dispositions qui ne sont pas à proprement parler budgétaires.

On trouvera ci-après en annexe la liste complète des « cavaliers budgétaires » censurés par le Conseil constitutionnel.

- Indépendamment de la question de savoir si les mesures envisagées risquent ou non d'être regardées comme des « cavaliers budgétaires », on n'utilisera qu'à bon escient, c'est-à-dire de manière restrictive, la loi de finances comme support de mesures législatives particulières. Certes, la loi de finances de l'année et plus encore la loi de finances rectificative de fin d'année présentent l'avantage d'une procédure de préparation et de vote accélérée et d'une garantie d'adoption définitive rapide. Mais, symétriquement, cette procédure, caractérisée par l'urgence, ne permet pas de procéder avec le soin et les délais que requièrent les réformes législatives importantes et complexes à la concertation interministérielle, aux consultations externes, à l'étude par le Conseil d'Etat puis à l'examen et au vote par le Parlement.

Le Conseil d'Etat a ainsi appelé à plusieurs reprises l'attention du Gouvernement sur le caractère très inopportun, en termes de bonne méthode législative, de la présentation au sein d'un projet de loi de finances d'une réforme législative substantielle (voir le rapport public de 1995 pour une réforme du RMI ou le rapport public de 1999 pour une modification des règles d'attribution de l'allocation aux adultes handicapés). Il lui est arrivé de refuser en conséquence d'examiner les dispositions en cause.

- Lorsque des dispositions sont issues d'une loi de finances, une loi ordinaire ne peut pas les abroger ni les modifier si elles relèvent du domaine exclusif des lois de finances tel que défini par la LOLF. Elle peut en revanche le faire si ces dispositions relèvent du domaine partagé des lois de finances, comme c'est le cas notamment de toute la législation fiscale (à l'exception des dispositions qui procèdent à une affectation du produit d'un impôt au sein du budget de l'Etat ou qui transfèrent une ressource fiscale de l'Etat à une autre personne publique).

- Les références ou renvois, dans une loi ordinaire, à des dispositions à prendre par la loi de finances sont à manier avec beaucoup de précaution. Le plus souvent, ces références ou renvois seront simplement inopérants et donc inutiles : le législateur ne peut en effet se lier lui-même ou se donner des injonctions (cf n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, à propos des lois de plan). Cependant, formulées de manière impérative et précise, de telles dispositions courraient le risque d'être regardées comme empiétant sur le domaine réservé à la loi de finances elle-même ou sur celui de la loi organique, seule habilitée à définir le contenu des lois de finances. C'est ainsi que dans sa décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition de la loi relative à la chasse aux termes de laquelle « *le montant et les conditions de recouvrement des redevances cynégétiques sont fixés annuellement par la loi de finances* ».

- Une question particulière se pose dans l'hypothèse où l'on souhaite faire figurer dans un code une disposition relevant du domaine exclusif de la loi de finances, qui ne peut donc être abrogée et réécrite au sein d'un code, puis modifiée, le cas échéant, que par une telle loi. La solution à retenir en pareil cas consiste à utiliser la technique du « code suiveur », c'est-à-dire à seulement citer la disposition en cause ; un exemple de cette méthode est donné par les articles L. 731-1 et suivants du

code rural, relatifs au budget annexe des prestations sociales agricoles, dans leur rédaction antérieure au 31 décembre 2003 (« Ainsi qu'il est dit à l'article X de la loi de finances pour Y (n° du), le budget annexe.... »).

- Enfin, il existe depuis 1996 une autre catégorie de lois dont le contenu et la procédure d'adoption sont précisées par une loi organique : les lois de financement de la sécurité sociale (voir *fiche 1.3.5. les lois de financement de la sécurité sociale*). La coordination à opérer entre projet de loi de finances et projet de loi de financement de la sécurité sociale est complexe, compte tenu des liens multiples et étroits entre budget de l'Etat et comptes de la sécurité sociale et de la quasi-concomitance de la préparation par le Gouvernement et de l'examen par le Parlement de ces deux textes.

Devront être écartées à cet égard les solutions, parfois envisagées, consistant à insérer les mêmes dispositions normatives dans la loi de finances et la loi de financement de la sécurité sociale. En revanche, il peut s'avérer nécessaire, au regard de l'impératif de sincérité qui s'applique tant au budget qu'aux finances sociales, de prendre en compte dans la partie chiffrée prévisionnelle de la loi de financement de la sécurité sociale les effets de certaines mesures inscrites en loi de finances, et vice-versa. Ainsi, en 2000, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition de la loi de finances rectificative de fin d'année affectant au fonds de financement de la réforme des cotisations patronales le reliquat des droits sur les tabacs perçus par l'Etat en 2000, pour un montant supérieur à trois milliards de francs, non parce que cette mesure n'avait pas sa place en loi de finances mais parce qu'aucune loi de financement de la sécurité sociale ne l'avait prise en compte et qu'aucune ne pouvait plus le faire avant la fin de l'exercice (n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000). En 2005, au contraire, le Conseil constitutionnel a, pour valider des dispositions de la loi de finances pour 2006 affectant des ressources fiscales aux caisses nationales de sécurité sociale en compensation d'allègements de cotisations sociales, relevé que les chiffres retenus par loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 étaient en cohérence avec ces dispositions (n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005).

ANNEXE
Dispositions censurées par le Conseil constitutionnel
comme étrangères au domaine des lois de finances

1976

- * Passation de conventions de coopération avec des établissements d'enseignement supérieur privés (n° 76-73 DC du 28 décembre 1976) ;
- * Prolongation de certains délais relatifs à la réforme des professions judiciaires et juridiques (n° 76-74 DC du 28 décembre 1976) ;
- * Mise en place obligatoire de mesures collectives de prophylaxie animale (idem) ;
- * Statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires civils et militaires (idem) ;
- * Modification d'un dispositif de sécurité sociale (idem) ;
- * Régime des rémunérations supplémentaires à un certain montant en 1977 (idem).

1981

- * Modification de la composition de la Commission de la concurrence (n° 81-136 DC du 31 décembre 1981) ;
- * Rémunération des porteurs de parts de sociétés mutualistes (idem).

1982

- * Réserve de postes sur des emplois créés dans l'enseignement supérieur (n° 82-154 DC du 29 décembre 1982) ;
- * Prélèvement sur le produit d'une redevance due par les sociétés d'économie mixte d'HLM pour financer une part des frais de fonctionnement de la fédération groupant ces sociétés (n° 82-155 DC du 30 décembre 1982) ;
- * Répartition entre les communes d'une dotation supplémentaire de l'Etat (idem).

1983

- * Ouverture pour ordre de chapitres budgétaires non dotés en vue de transferts ultérieurs (n° 83-164 DC du 29 décembre 1983).

1984

- * Possibilité pour l'Etat de créer des établissements d'enseignement public dont il transfère la propriété aux collectivités territoriales (n° 84-184 DC du 29 décembre 1984).

1985

- * Intégration dans le corps des instituteurs, sans création d'emplois supplémentaires, de personnels enseignants de l'enseignement privé (n° 85-201DC et n° 85-203 DC du 28 décembre 1985).

1986

- * Gestion des crédits de la questure du Conseil de Paris et du conseil régional d'Ile-de-France (n° 86-209 DC du 3 juillet 1986) ;
- * Application progressive du barème de l'aide personnalisée au logement (n° 86-221 DC du 29 décembre 1986).

1988

- * Extension aux créances non fiscales des collectivités territoriales de la procédure d'opposition administrative et du droit de communication des comptes publics (n° 88-250 DC du 29 décembre 1988).

1989

- * Modification des conditions de la répartition de la dotation globale de fonctionnement entre les communes (n° 89-268 DC du 29 décembre 1989) ;
- * Interdiction pour un comptable public principal nommé membre de la Cour des comptes d'exercer une activité juridictionnelle tant que, s'il a été mis en débet, il n'a pas reçu quitus (idem) ;
- * Intégration d'agents de la Nouvelle-Calédonie dans un corps de fonctionnaires des douanes (n° 89-270 DC du 29 décembre 1989).

1990

- * Contrôle de la Cour des comptes sur les œuvres et organismes faisant appel à la générosité publique (n° 90-285 DC du 28 décembre 1990).

1991

- * Modalités de recouvrement de la taxe parafiscale dénommée « redevance télévision » (n° 91-302 DC du 30 décembre 1991°).

1993

- * Création d'un groupement d'intérêt public chargé de l'informatisation du livre foncier dans les départements d'Alsace-Moselle (n° 93-320 DC du 21 juin 1993).

1994

- * Renvoi à un décret en Conseil d'Etat pour la prise en compte des conséquences de la création d'une taxe sur l'équilibre financier des sociétés concessionnaires d'autoroute (n° 94-351 DC du 29 décembre 1994) ;
- * Conditions du versement des prestations par les régimes d'assurance vieillesse des professions artisanales, industrielles et commerciales (idem).

1995

* Création d'un fonds de réserve et de garantie de la Caisse nationale d'épargne (n° 95-371 DC du 29 décembre 1995).

1996

* Possibilité pour l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé de recruter des agents contractuels de droit privé (n° 96-386 DC du 30 décembre 1996).

1997

* Extension des compétences de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat à la transformation en logements de locaux agricoles situés en zone de revitalisation rurale (n° 97-395 DC du 30 décembre 1997) ;

* Elargissement des missions du fonds de gestion de l'espace rural, sans accroissement des moyens budgétaires qui lui sont alloués (idem).

1999

* Exigence de l'accord préalable d'un comité directeur comprenant des représentants du Parlement avant la mise en œuvre par le ministère des affaires étrangères des projets financés par le fonds d'aide et de coopération (n° 99-424 DC du 29 décembre 1999).

2000

* Possibilité pour les collectivités territoriales d'attribuer des subventions de fonctionnement aux syndicats (n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000) ;

* Application du régime de protection sociale des salariés agricoles à certains agents non titulaires des Haras nationaux (idem) ;

* Utilisation du produit de la taxe départementale des espaces sensibles (idem).

2001

* Affectation du produit de la taxe de séjour et rapport du maire au conseil municipal sur sa perception et son tarif (n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001) ;

* Date d'effet de l'arrêté préfectoral étendant le périmètre d'une communauté urbaine ou d'une communauté d'agglomération (n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001) ;

* Modalités de calcul de l'attribution de compensation versée à leurs communes membres par les établissements publics de coopération intercommunale (idem) ;

* Possibilité pour les conseils municipaux de Paris, Lyon et Marseille de donner délégation aux conseils d'arrondissement pour la passation et l'exécution de certains marchés publics (idem).

2002

- * Dérogation aux règles de transfert de licences de débits de boissons (n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002) ;
- * Répartition entre collectivités territoriales de la dotation globale de fonctionnement (idem) ;
- * Complément aux règles de répartition d'une partie des produits du fonds national de péréquation (idem).

2003

- * Création d'une annexe supplémentaire au projet de loi de finances et précision relative au contenu du rapport annuel de performance du ministère de la défense (n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003) ;
- * Durée de validité des passeports délivrés à titre exceptionnel (idem) ;
- * Contrôle économique et financier de l'Etat sur les organismes bénéficiaires de taxes fiscales affectées ou de taxes parafiscales (idem) ;
- * Représentation des caisses d'épargne et de prévoyance régionales au conseil de surveillance de la Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (idem) ;
- * Définition du contenu du fascicule « Voies et moyens » annexé au projet de loi de finances (idem).

2004

- * Définition des missions, de la composition et des règles de fonctionnement d'un « conseil des prélèvements obligatoires » se substituant au Conseil des impôts (n° 2004-511 DC du 29 décembre 2004)

2005

- * Possibilité pour les conseils régionaux de déléguer à des établissements publics autres que locaux la gestion des avances qu'ils octroient aux entreprises (n° 2005-530 du 29 décembre 2005) ;
- * Possibilité de transférer aux communes ou établissements publics de coopération intercommunale les immeubles affectés au logement des étudiants et appartenant à un établissement public (idem).

FICHE 1.3.5

LES LOIS DE FINANCEMENT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (LFSS)

Comme les lois de finances, les lois de financement de la sécurité sociale ont, outre leur caractère annuel, ceci de particulier que la Constitution et la loi organique fixent des règles relatives à leur présentation et à leur contenu et définissent une procédure de discussion et d'adoption qui se distingue de celle applicable aux lois ordinaires (voir *fiche 2.2.8., étapes de l'élaboration d'une loi - particularités*).

I. Dispositions applicables

Elles sont fixées par les articles 34, 39, 47-1 de la Constitution, issus de la loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996, et par les articles L.O. 111-3 à L.O. 111-10-2 du code de la sécurité sociale (CSS), issus de la loi organique n° 96-646 du 22 juillet 1996 et profondément modifiés par la loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005.

Aux termes de l'article 34 de la Constitution : « Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs et ses dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ». Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler qu'il s'en déduit que seule une loi organique peut traiter des règles de présentation des LFSS, notamment pour fixer la liste et le contenu des rapports qui doivent être annexés au projet de LFSS (n° 98-404-DC du 18 décembre 1998 ; n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002).

L'article L.O. 111-3 énumère les dispositions qui doivent ou peuvent figurer dans une LFSS et l'article L.O. 111-4 dresse la liste des documents devant être annexés au projet de LFSS de l'année. Les autres dispositions organiques sont relatives à la préparation des projets, à leur examen par le Parlement et aux procédures d'information et de contrôle sur le financement de la Sécurité sociale.

Aux termes du I de l'article L.O. 111-3 du CSS, le périmètre institutionnel des LFSS est composé des régimes obligatoires de base, des organismes concourant à leur financement, ou à l'amortissement de leur dette (Caisse d'amortissement de la dette sociale), ou à la mise en réserve de recettes à leur profit (Fonds de réserve pour les retraites) et des organismes finançant et gérant des dépenses relevant de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie. C'est au regard de ce périmètre et de l'objet des dispositions que doit être appréciée la possibilité ou l'obligation d'insérer une mesure dans une LFSS.

II. Le contenu des lois de financement de la sécurité sociale

A. Dispositions obligatoires

La loi de financement de l'année comprend quatre parties relatives respectivement au dernier exercice clos, à l'année en cours, aux recettes et à l'équilibre général pour l'année à venir et aux dépenses pour l'année à venir. Les dispositions correspondantes, définies par les A, B, C et D du

I de l'article L.O. 111-3 relèvent du domaine obligatoire et exclusif de la LFSS. Ce sont principalement des dispositions financières : équilibre par branche des régimes, prévisions de recettes, objectifs de dépenses dont l'objectif national de dépenses d'assurance maladie (ONDAM), objectif d'amortissement de la dette, compensation des exonérations ou réductions de recettes, etc..

Les lois de financement rectificatives ne comportent que deux parties : recettes et dépenses de l'année en cours (II de l'article L.O. 111-3).

B. Dispositions facultatives

Les LFSS comportent également un domaine facultatif, qui est soit exclusif, soit partagé avec les autres lois.

1° Domaine facultatif et exclusif

Seule une LFSS peut :

- modifier des dispositions relevant du domaine obligatoire de la LFSS de l'année (II de l'article L.O. 111-3) ;

- affecter une recette exclusive des régimes de sécurité sociale ou assimilés à toute autre personne morale ; la même règle s'applique à l'affectation à une personne tierce de ressources établies à titre non exclusif au profit de ces mêmes régimes et organismes, mais sous réserve en ce cas du monopole donné à la loi de finances par l'article 36 de la LOLF en ce qui concerne l'affectation totale ou partielle à une autre personne morale de ressources établies au profit de l'Etat (III de l'article L.O. 111-3) ;

- créer ou modifier des mesures de réduction ou d'exonération de cotisations de sécurité sociale non compensées ou comporter des mesures de réduction ou d'exonération non compensées de contributions (c'est-à-dire en fait de prélèvements fiscaux) affectées aux organismes de sécurité sociale (IV de l'article L.O. 111-3).

2° Domaine facultatif et partagé

Les lois de financement ne pouvaient comporter, selon la rédaction de l'article L.O. 111-3 du CSS antérieure à la loi organique du 2 août 2005 « que des dispositions affectant directement l'équilibre financier des régimes obligatoires de base ou améliorant le contrôle du Parlement sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale ». Le champ des dispositions pouvant être insérées dans une LFSS a été précisé et sensiblement étendu par cette loi. C'est l'objet, dans la nouvelle rédaction, du V de l'article L.O. 111-3. Il en résulte, en substance :

- que l'effet financier d'une mesure touchant aux recettes ou aux dépenses pourra s'apprécier sur plusieurs années (2° et 5° du B et 2° du C de ce V) ;

- que toute disposition relative aux modalités de financement de la sécurité sociale pourra figurer en LFSS (3°, 4° et 5° du B, ainsi que le 3° du C) ;

- que pourront désormais figurer incontestablement en loi de financement les règles relatives à l'organisation et à la gestion des régimes, dès lors qu'elles intéressent les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale.

L'annexe jointe dresse la liste des dispositions ayant ou n'ayant pas été regardées, sous l'empire des dispositions antérieures à la loi organique du 2 août 2005 (donc jusqu'à la LFSS pour 2005) et depuis lors comme entrant dans le champ d'une LFSS en application de l'article L. O. 111-3 du code de la sécurité sociale. Sont et resteront des « cavaliers sociaux » les dispositions dont l'effet

financier sur les recettes ou les dépenses est « trop indirect », selon les termes employés par le Conseil constitutionnel (voir par exemple n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, LFSS pour 2006).

Alors même que des dispositions rempliraient les conditions posées par cet article, le Conseil d'Etat se réserve la possibilité de les disjoindre lorsqu'elles mettent en œuvre une réforme de fond et de grande ampleur, le projet de loi de financement de la sécurité sociale n'étant pas, en raison des contraintes de temps et de procédure dans lesquelles est enfermé son examen par le Parlement, adapté à la mise en œuvre de telles réformes (Rapport annuel public 2004, p. 105).

On doit enfin signaler que n'a pas été censurée par le Conseil constitutionnel une disposition modifiant la définition des ressources des bénéficiaires de l'allocation personnalisée d'autonomie prises en compte pour le calcul de cette allocation, au motif que cette disposition, qui n'affecte pas directement l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale et qui en principe, n'aurait pas sa place dans la loi déferée, a cependant pour effet de supprimer dans la législation en vigueur une erreur matérielle conduisant à une disparité de traitement, contraire au principe d'égalité (n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, LFSS 2002, considérant 76). Plus généralement, le Conseil constitutionnel a jugé, dans la même décision, s'agissant d'amendements au PLFSS, que ceux-ci pouvaient être justifiés par la nécessité de respecter la Constitution ou d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement ou de corriger une erreur matérielle (LFSS 2002, article 18).

III. Articulation entre la LFSS et d'autres lois contenant des dispositions ayant une incidence sur les finances de la Sécurité sociale

Les questions relatives aux relations entre loi de finances et lois de financement de la sécurité sociale sont abordées par la *fiche 1-3-4* (IV in fine).

On précisera en outre que, transposant sa jurisprudence relative aux lois de finances (voir *fiche 1-3-4*) de façon à éviter que les dispositions constitutionnelles et organiques relatives aux LFSS ne paralysent l'initiative législative en matière sociale, le Conseil constitutionnel a estimé que ces dispositions ne font pas obstacle à l'adoption en cours d'année de mesures législatives (ou réglementaires) affectant les finances sociales à condition que leur incidence sur les équilibres ait été prise en compte par une LFSS ou puisse encore l'être avant la fin de l'exercice qu'elles affectent (voir notamment n° 97-388 DC du 20 mars 1997, loi créant les plans d'épargne retraite ; n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, LFR pour 2000). Cette prise en compte pourra notamment se faire dans la partie consacrée à l'année en cours que doit désormais comporter la LFSS annuelle (voir supra).

Annexe

Dispositions pouvant ou non relever d'une loi de financement de la sécurité sociale

Nota : La loi organique du 2 août 2005 a sensiblement élargi le champ des dispositions pouvant figurer dans une LFSS. Les développements ci-après distinguent donc deux périodes.

A. Sous l'empire de l'article L.O 111-3 du CSS dans sa version antérieure à la loi du 2 août 2005(III de l'article L.O 111-3)

1. Au titre de l'équilibre financier

a) le périmètre « organique » : les organismes entrant dans le champ des LFSS :

Le III de l'article LO111-3 du CSS mentionne les dispositions « *affectant directement l'équilibre financier des régimes obligatoires de base* »

Ont été regardées comme hors champ :

- les dispositions visant au financement des organismes de retraite complémentaire : a été censurée une disposition ayant pour objet de valider les périodes de chômage et de préretraite indemnisées par l'Etat dès lors que les organismes bénéficiaires des versements résultant de cette disposition ne sont pas des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale (décision n°2000-437 DC du 19 décembre 2000, art.29 LFSS 2001) ;

- les dispositions affectant la Caisse d'amortissement de la dette sociale (CADES) dès lors qu'elles sont sans incidence directe sur l'équilibre financier des régimes obligatoires de base (décision n°2000-437 DC du 19 décembre 2000, art.4 LFSS 2001 ; décision n°2000-442 DC du 28 décembre 2000, art. 89 LFI 2001).

A été, en revanche, regardée comme étant dans le champ « organique » la disposition transférant à la Caisse d'amortissement de la dette sociale la dette envers la Caisse des dépôts et consignations (CDC), en raison de l'ampleur de la dette transférée permettant d'alléger les frais financiers du régime général de sécurité sociale et de réduire ses besoins de financement externes dans une proportion contribuant de façon significative à son équilibre financier (décision n°97-393 DC du 18 décembre 1997, art. 31 LFSS 1998).

b) le « périmètre temporel » : l'appréciation au regard des effets des dispositions sur les exercices antérieurs et postérieurs.

Ont été regardées comme entrant dans le champ de la LFSS :

- une disposition touchant à l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de l'exercice précédent et modifiant la loi de financement de la sécurité sociale de l'année précédente. A été admise comme entrant dans le champ de la LFSS une disposition prévue par la LFSS pour 2001 rendant applicable au 1^{er} janvier 2000 une affectation au FOREC de droits sur les boissons et modifiant la LFSS pour 2000 (décision n°2000-437 DC du 19 décembre 2000, art.16-IX, LFSS 2001).

La LFSS de l'année peut donc jouer le rôle d'une LFSS rectificative pour l'année n-1. Le Conseil constitutionnel a rappelé que l'article L.O. 111-3 du CSS ne fait pas obstacle à ce que la loi de financement de l'année à venir contienne des dispositions s'appliquant à l'exercice en cours, s'il est encore temps de les mettre en œuvre avant la clôture de l'exercice (décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, article 59 LFSS 2002, considérant 79).

- une disposition reportant l'échéance avant laquelle doivent être signés des accords tripartites dans le domaine médico-social, de 2003 à 2006, en raison de son impact sur l'équilibre du financement de l'assurance maladie en 2003 (décision 2002-463 DC du 12 décembre 2003, LFSS 2003, article 42, considérant 41).

Ont été regardées comme n'entrant pas dans le champ temporel de la LFSS :

- Les dispositions n'ayant des effets que sur les exercices n+2 et suivants. Si la LFSS de l'année n+1 peut, en tant que de besoin, porter LFSS rectificative pour l'année n, elle ne peut comporter des dispositions intéressant les années n+2 ou suivantes (décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, art. 15 LFSS 2000).

- Les dispositions n'ayant des effets que sur les exercices antérieurs. Ont été regardées comme étrangères aux LFSS les dispositions n'ayant d'incidence que sur les comptes de l'exercice n-2 des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale et sans effet direct sur les recettes ou sur les dépenses des régimes de base pour les exercices n-1 et n, ni en 2001, ni en 2002 (décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, articles 59 et 68 de la LFSS 2002) ;

- Une disposition rétroactive affectant l'équilibre financier de la sécurité sociale sans qu'elle soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. La disposition aurait eu pour effet de faire disparaître une créance de l'Etat garantie par la loi et constituée à l'actif des bilans des régimes de sécurité sociale. (décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, article 12 LFSS 2002)

c) Le périmètre de la LFSS au regard de l'effet de la disposition sur l'équilibre financier :

Une mesure ne peut être intégrée dans une loi de financement que si elle concourt de façon « *significative* » à l'équilibre financier. Il n'existe pas de définition précise du niveau à compter duquel une mesure concourt de façon significative à l'équilibre financier de la sécurité sociale.

Le Conseil d'Etat, lors de son examen du projet de loi de financement de la sécurité sociale, a estimé devoir joindre :

- les mesures qui, même si elles sont susceptibles d'exercer indirectement, et dans le long terme, une influence sur l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale, ne sont pas de nature à affecter « *dans l'immédiat directement et substantiellement cet équilibre* » (Rapport public 2000 du Conseil d'Etat, p. 120) ;

- les mesures sans influence directe et significative sur l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale (Rapport public 2002 du Conseil d'Etat, p. 95).

Ont été regardées comme de nature à concourir de façon significative à l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale :

- le produit de la CSG, la détermination de son assiette et des règles de son recouvrement (décision n°96-384 DC du 19 décembre 1996, LFSS 1997) ;

- la validation des actes pris sur le fondement de décisions administratives relatives à la cotation des actes de scanographie, eu égard à l'incidence financière du paiement de la différence entre l'ancienne cotation et celle résultant des actes partiellement validés que pourraient réclamer les

professionnels intéressés (décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, art. 27 LFSS 1998 ; l'impact de la mesure était évalué par le Gouvernement à 660 MF) ;

- la disposition transférant à la Caisse d'amortissement de la dette sociale (CADES) la dette de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale à l'égard de la CDC, en raison de l'ampleur de la dette transférée permettant d'alléger les frais financiers du régime général de sécurité sociale et de réduire ses besoins de financement externes dans une proportion contribuant de façon significative à son équilibre financier (décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, art. 31 LFSS 1998 ; l'impact de la mesure était évalué par le Gouvernement à 3 milliards de francs) ;

- les dispositions relatives au développement des filières de soins dès lors qu'elles sont de nature à dégager des économies ayant une incidence significative sur les conditions générales de l'équilibre financier de l'assurance maladie (décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, art. 22 LFSS 1999) : l'impact de la mesure était évalué par le Gouvernement à 0.850 Md de francs) ;

- l'introduction de nouveaux modes de rémunération des professionnels de santé dans le secteur médico-social en raison de l'effet attendu de telles innovations sur la maîtrise des dépenses d'assurance maladie dans le secteur des établissements médico-sociaux (décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, art. 34 LFSS 1999 ; l'impact de la mesure était évalué par le Gouvernement à « *plusieurs centaines de millions* ») ;

- la mise en place du Fonds de financement de la réforme des cotisations patronales de sécurité sociale (décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, art. 5 LFSS 2000) ;

- la définition des missions et des modes de gestion des centres de santé dès lors que les dépenses afférentes au fonctionnement de ces centres affectent de façon significative les conditions générales de l'équilibre financier des comptes de l'assurance maladie et que le dispositif conventionnel prévu a pour objet d'améliorer la maîtrise de ces dépenses, et est de nature à dégager des économies pour l'assurance maladie (décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, art. 23 LFSS 2000) ;

- la possibilité de mettre sur le marché une spécialité générique avant l'expiration des droits de propriété intellectuelle qui s'attachent à la spécialité de référence, l'usage des spécialités génériques étant de nature à influencer de façon significative sur l'équilibre général de l'assurance maladie (décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, art. 31 LFSS 2000) ;

- une disposition étendant à de nouvelles catégories de salariés le bénéfice des allègements de cotisations patronales de sécurité sociale : le Gouvernement avait évalué, dans ses observations, l'incidence financière de la mesure à 1,7 Md de francs en 2001 (décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, art. 14 LFSS 2001) ;

- une disposition permettant aux professionnels de santé, aux établissements de santé et aux centres de santé ne disposant pas d'un laboratoire de biologie médicale de transmettre des prélèvements aux fins d'analyse (décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, art. 44 LFSS 2001). Le Gouvernement avait estimé, dans ses observations, que l'incidence financière de la mesure était difficile à apprécier mais qu'elle s'élevait à plusieurs centaines de millions de francs par an. Il est à souligner qu'aucune des dispositions du PLFSS pour 2001 dont l'impact certain était supérieur à 100 MF n'a été regardée comme un cavalier social ;

- la création du répertoire national des retraites et des pensions permettant d'éviter des liquidations de pensions indues et pouvant affecter l'équilibre des régimes de base, via les mécanismes de compensation (décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, LFSS 2001).

Le Conseil d'État avait estimé que cette disposition n'avait pas sa place dans la LFSS n'étant pas susceptible d'affecter substantiellement et directement l'équilibre financier des régimes obligatoires de base (Rapport public 2001, p. 113).

- le principe de la réduction du temps de travail dans la fonction publique hospitalière en ce qu'elle implique des créations d'emploi dont le coût est estimé à 3 MdF pour l'assurance maladie, ce coût étant pris en compte dans l'O.N.D.A.M. (décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, art. 31 LFSS 2002) ;

- la modernisation et la simplification du recouvrement des cotisations sociales qui, en raison des investissements nécessaires à leur mise en place et de l'amélioration du recouvrement attendue, auront une incidence significative sur l'équilibre financier (décision n° 2001-453 du 18 décembre 2001, art. 73 LFSS 2002) ; le Gouvernement avait évalué à 18 millions d'euros les investissements nécessaires et évalué les recettes supplémentaires par point d'amélioration du recouvrement) ;

- la réforme des missions et modes de gestion de l'Union des caisses nationales de sécurité sociale (UCANSS), du fait de l'incidence de cette mesure sur les rémunérations des personnels et par suite, les coûts de fonctionnement des organismes du régime général (décision n° 2001-453 du 18 décembre 2001, art. 75 LFSS 2002) ;

- les rapports d'audit de la gestion et de l'organisation des établissements de santé dont les effets sont considérés comme de nature à influencer de façon significative sur l'équilibre général de l'assurance maladie (décision n° 2002-463 du 12 décembre 2002, LFSS 2003, article 23, considérant 39) ;

- les conventions d'objectifs et de gestion de par l'effet attendu de la conclusion de ce type de convention pour la branche accidents du travail et maladies professionnelles (décision n° 2002-463 du 12 décembre 2002, LFSS 2003, article 23, considérant 39) ;

- une disposition confiant au ministre compétent le soin de fixer par décret les paramètres d'évolution de la masse salariale dans le secteur privé sanitaire et médico-social à but non lucratif compte tenu de l'importance des rémunérations dans le coût de fonctionnement de ce secteur et la part de ce coût couverte par les régimes obligatoires de base de l'assurance maladie (décision n° 2003-486 DC du 11/12/2003, LFSS 2004, art 52, considérant 16).

Ont été regardées comme étant indissociables d'une mesure concourant de façon significative à l'équilibre financier :

- les règles relatives aux conditions de recouvrement de la CSG en ce qu'elles « *garantissent l'application effective des règles d'assiette* » et en sont « *par là même le complément nécessaire* » (décision n°96-384 DC du 19 décembre 1996, LFSS 1997).

- les mesures de coordination rédactionnelle rendues nécessaires par d'autres dispositions de la loi dont elles sont elles-mêmes indissociables (décision n°96-384 DC du 19 décembre 1996, LFSS 1997). Était en cause une disposition ainsi rédigée : « *Aux articles L.138-4 et L.138-5 du même code, les mots : « les établissements de vente en gros de spécialités pharmaceutiques » sont remplacés par les mots : « les entreprises visées à l'article L.138-1 »*.

- l'ensemble des dispositions de l'article ayant pour objet le transfert à la CADES de la dette de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale à l'égard de la CDC en ce qu'il est « *inséparable* » des dispositions relatives au transfert de la dette qui contribuent, elles, à l'équilibre financier (décision n°97-393 DC du 18 décembre 1997, art. 31 LFSS 1998) ;

- les dispositions relatives à l'assiette et aux modalités de recouvrement de la contribution sur les bénéfices des sociétés et de la taxe générale sur les activités polluantes, ces impositions créées aux articles 6 et 7 étant « *inséparables* » de l'article 5 qui institue le Fonds de financement de la réforme des cotisations patronales de sécurité sociale, les trois articles constituant les éléments

indivisibles d'un dispositif d'ensemble visant à répondre à un besoin de financement des régimes de base de sécurité sociale (décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, art. 5,6 et 7 de la LFSS 2000) ;

- la définition des missions et des modes de gestion des centres de santé, en ce qu'elle est « *inséparable* » du dispositif instituant une subvention de l'Etat et une dispense d'avance de frais, ainsi qu'un dispositif conventionnel visant à la régulation des dépenses d'assurance maladie induites par le fonctionnement de ces centres, les dépenses afférentes au fonctionnement de ces centres affectant de manière significative les conditions générales de l'équilibre financier des comptes de l'assurance maladie (décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, art. 23 LFSS 2000) ;

- les dispositions liées aux relations de travail et aux statuts des trois fonctions publiques, relatives au congé de présence parentale, en ce qu'elles sont inséparables du dispositif de congé lui-même créant une nouvelle et importante prestation familiale à la charge de la CNAF (décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, LFSS 2001, article 21). Le Conseil d'État avait estimé que seule devait figurer dans la loi la création de la nouvelle allocation de présence parentale mais que les dispositions relatives à ce congé prévues dans le Code du travail devaient être disjointes (Rapport public 2001, p. 113).

- la disposition excluant du droit à communication institué par le loi du 17 juillet 1978 les rapports d'audit de la gestion et de l'organisation des établissements de santé, cette exclusion tendant à assurer la confidentialité et par suite la sincérité et la qualité de ces rapports dont les effets attendus sont de nature à influencer de façon significative sur l'équilibre général de l'assurance maladie (décision n° 2002-463 DC, LFSS 2003, article 23, considérants 39 et 40).

Ont été regardées comme n'étant pas de nature à concourir de façon significative à l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale :

- le changement des procédures d'autorisation en vue de la localisation des installations hospitalières (décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, art 32 LFSS pour 1999); l'impact de la mesure était évalué par le Gouvernement à un montant moyen d'économie par opération de ce type estimé à 5 MF, à raison de quelques dizaines d'opérations chaque année) ;

- une disposition se bornant à préciser que les études relatives aux spécialités génériques doivent être considérés comme des actes accomplis à titre expérimental au sens de l'article L.613-5 du code de la propriété intellectuelle, ce dispositif étant dépourvu d'effets financiers directs sur l'équilibre des comptes de l'assurance maladie et n'étant pas inséparable du reste de l'article contesté (décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, art. 31 LFSS 2000) ;

- une exonération de la contribution pour le remboursement de la dette sociale au bénéfice de certains retraités et pensionnés dès lors, d'une part, que le produit de cette contribution est intégralement affecté à la caisse d'amortissement de la dette sociale, qui n'est pas un organisme créé pour concourir au financement des régimes obligatoires de base et, d'autre part, que la modification de ses règles d'assiette est dépourvue d'effet financier direct sur l'équilibre de ces régimes (décision n°2000-437 DC du 19 décembre 2000, art.4 LFSS 2001) ;

- la disposition d'abrogation de la loi « Thomas » du 25.03.1997 (loi instaurant des fonds de pension) dès lors qu'elle n'a pas d'incidence sur l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale en 2001 (décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, art.24 LFSS 2001) ;

- une disposition mettant à la charge du fonds de solidarité vieillesse la validation par les organismes de retraite complémentaire de périodes de chômage et de préretraite indemnisées par l'Etat dans la mesure où les organismes bénéficiaires des versements résultant de cette disposition ne sont pas des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale et que cette disposition n'affecte pas

directement l'équilibre financier de ces derniers (décision n°2000-437 DC du 19 décembre 2000, art.29 LFSS 2001) ;

- une disposition précisant les modalités de fonctionnement de l'Agence technique de l'information sur l'hospitalisation en ce qu'elle ne concourt pas de façon significative à l'équilibre financier des régimes obligatoires de base en 2001 (décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, art.39 LFSS 2001) ;

- une disposition modifiant le statut et les règles de financement des appartements de coordination thérapeutique et des centres de cure ambulatoire en alcoologie qui ne concourt pas de façon significative à l'équilibre financier des régimes obligatoires de base en 2001 (décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, LFSS 2001, article 45 ; le coût du dispositif pour l'assurance maladie avait été évalué à 69 MF par le gouvernement) ;

- une disposition autorisant la publicité des médicaments par anticipation sur leur radiation de la liste des spécialités remboursables qui ne concourt pas de façon significative à l'équilibre financier des régimes obligatoires de base en 2001 (décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, art.46 LFSS 2001) ;

- la présentation d'un rapport au Parlement sur les techniciens de laboratoire hospitaliers, cette mesure n'ayant pas d'incidence sur l'équilibre financier (décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, art. 33 LFSS 2002) ;

- la représentation des demandeurs devant le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, cette mesure n'ayant pas d'incidence sur l'équilibre financier (décision n° 2001-453DC du 18 décembre 2001, art. 48 LFSS 2002) ;

- la reconnaissance comme accident de trajet de l'accident survenu pendant le trajet entre les établissements de deux employeurs d'un même groupement d'employeurs, cette mesure n'ayant pas d'incidence sur l'équilibre financier (décision n° 2001-453DC du 18 décembre 2001, art. 50 et 51 LFSS pour 2002) ;

- le fait pour les praticiens hospitaliers exerçant une activité libérale de percevoir directement leurs honoraires et non plus via l'établissement (décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, LFSS 2003, article 28, considérant 46) ;

- la modification de la dénomination des *contrats de bonne pratique* (décision n° 2002-463 DC du 12/12/2002, LFSS 2003, article 30, considérant 46) ;

- la modification de la dénomination et des missions du service du contrôle médical de l'assurance maladie (décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, LFSS 2003, article 30, considérant 46) ;

- l'autorisation donnée aux conseils généraux des départements d'outre mer de fixer un minimum de perception d'une taxe sur la consommation des cigarettes, cette disposition n'ayant une incidence que sur les ressources de ces collectivités (décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, LFSS 2004, article 6, considérant 18) ;

- les dispositions ayant pour objet d'exclure de la couverture par l'assurance maladie les actes et prestations qui sont effectués pour répondre à des exigences législatives, réglementaires ou contractuelles et qui ne sont pas rendus nécessaires par l'état du patient dès lors que ces dispositions ne font que confirmer une règle existante et n'affectent pas de façon significative l'équilibre financier (décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, LFSS 2004, article 6, considérant 13) ;

- la création auprès du ministre chargé de la sécurité sociale d'un comité ayant pour mission principale d'évaluer l'application de la tarification à l'activité qui n'affecte pas l'équilibre financier (décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, LFSS 2004, article 6, considérant 19) ;

- l'interdiction de la vente, la distribution ou l'offre à titre gratuit de paquets de moins de vingt cigarettes au lieu de dix-neuf auparavant, la revalorisation annuelle des frais de procédure que le responsable d'un accident doit verser à la caisse d'assurance maladie en sus du remboursement des prestations perçues par la victime, la suspension du contrat de travail lorsque " l'accouchement intervient plus de six semaines avant la date prévue pour l'accouchement et exige l'hospitalisation postnatale de l'enfant ", la majoration de la prime prévue par l'article L. 531-2 du code de la sécurité sociale en cas d'adoption et la possibilité de rachat de certaines périodes d'activité au titre de l'assurance vieillesse pour les personnes ayant exercé des activités de chef d'exploitation ou d'entreprise agricole avant leur majorité, sans avoir cotisé à l'assurance vieillesse (décision n° 2004-508 DC du 16 décembre 2004, LFSS 2005 considérant 19 et s. articles 7, 11, 44, 52 et 58)

2. Au titre du contrôle du Parlement sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale

Ont été regardées comme relatives au contrôle du Parlement sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale :

- la création d'un Office parlementaire d'évaluation des politiques de santé (décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, LFSS 2003, article 2, considérant 35) ;

- la création de rapports du Gouvernement au Parlement concernant l'analyse de l'évolution au regard des besoins de santé, des soins financés au titre de l'objectif national de dépenses de l'assurance maladie et la cohérence des accords et conventions médicales avec cet objectif (décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, LFSS 2003, article 2, considérant 38) ;

- la création d'un conseil de surveillance pour la branche accidents du travail-maladies professionnelles dont certains membres sont des parlementaires (décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, LFSS 2003, article 2, considérant 44) ;

Ont été regardées comme ne se rapportant pas au contrôle du Parlement sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale :

- la garantie de ressources de la branche famille proposée pour la période courant du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 2002 (décision n° 1999-422 DC du 29 décembre 1999, LFSS 2000, article 15) ;

- les dispositions relatives à l'exonération de la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) au bénéfice de certains retraités et pensionnés, l'abrogation de la loi Thomas instituant des fonds de pension, la mise à la charge du fonds de solidarité vieillesse (FSV) de la validation par des organismes de retraite complémentaire de périodes de chômage et de préretraites indemnisées par l'Etat, les modalités de fonctionnement de l'Agence technique d'information sur l'hospitalisation), la modification du statut et des règles de financement des appartements de coordination thérapeutique et des centres de cure ambulatoires en alcoologie, dès lors que ces mesures n'améliorent pas le contrôle du Parlement sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale (décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, LFSS 2001) ;

- les dispositions instituant un rapport du gouvernement au Parlement sur les techniciens de laboratoires hospitaliers ainsi que celles relatives à la représentation du demandeur devant le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, aux accidents de trajet, à l'affectations d'excédents de la branche famille dès lors qu'elles n'améliorent pas le contrôle du Parlement sur l'application des LFSS (décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, LFSS 2002) ;

- les dispositions prévoyant la transmission à la C.N.A.M.T.S. d'un rapport au Parlement, ainsi que la désignation directe des membres de la commission des AT-MP par les syndicats (décision n° 2002-463 DC du 12 décembre 2002, LFSS 2003, considérant 38 et 45) ;

- la disposition créant auprès du ministre de la santé un comité ayant pour objet d'évaluer l'application de la tarification à l'activité (décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, LFSS 2004, considérant 19) ;

- le dépôt par le Gouvernement devant le Parlement, d'un rapport sur le financement de la télémédecine (décision n° 2004-508 DC du 16 décembre 2004, LFSS 2005 considérant 19 et s. article 21).

B. Sous l'empire de l'article L.O 111-3 du CSS dans sa version résultant de la loi du 2 août 2005 (V de l'article L.O 111-3)

1. Au titre des dispositions de nature financière

N'ont pas été regardées comme telles :

- Faute de s'appliquer à des organismes entrant dans le champ des LFSS, des dispositions relatives à l'information des organismes d'assurance maladie complémentaire (Décision n° 2005-528 DC - 15 décembre 2005- Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006) ;

- faute d'avoir un impact suffisamment direct sur les recettes des caisses de sécurité sociale, des dispositions contre le travail illégal (Décision n° 2005-528 DC - 15 décembre 2005- Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006) ;

- faute d'avoir d'effet suffisamment direct sur les dépenses des régimes obligatoires de base : des dispositions relatives aux conciliateurs exerçant dans les caisses locales d'assurance maladie, aux compétences de la Haute Autorité de santé en matière de certification des logiciels d'aide à la prescription médicale, aux recherches biomédicales pratiquées à partir des soins courants ou les statuts généraux des fonctions publiques de l'Etat, des collectivités territoriales et de la fonction publique hospitalière en vue d'augmenter, dans certains cas, la durée du congé de maternité avec traitement (Décision n° 2005-528 DC - 15 décembre 2005- Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006)

2. Au titre des dispositions relatives à l'information et au contrôle du Parlement sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale

N'ont pas été regardées comme telles, des dispositions prévoyant le dépôts de rapports sur les différents instruments fiscaux " permettant de diminuer le prix relatif des fruits et des légumes et sur leur efficacité comparée " et sur l'influence des laits maternels de substitution dans le développement de l'obésité infantile. (Décision n° 2005-528 DC - 15 décembre 2005 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006)

FICHE 1.3.6**LES ARRETES**

Les décisions des ministres, qu'elles soient individuelles ou réglementaires, prennent la forme d'arrêtés, qu'ils signent eux-mêmes ou qui sont signés par des fonctionnaires ou agents ayant reçu délégation à cet effet (*voir fiche 3.9.3, délégations de signature*).

1. En ce qui concerne les décisions individuelles, il appartient aux ministres, dans la mesure où un texte leur délègue cette compétence, de procéder aux nominations dans les services placés sous leur autorité, à l'exception des nominations aux emplois de direction pourvues par décret en conseil des ministres (directeurs généraux et directeurs d'administration centrale ou fonctions équivalentes). Les nominations aux emplois de directeur adjoint, chef de service et sous-directeur sont soumises à une procédure particulière. Les ministres peuvent être également rendus compétents par un texte particulier pour procéder à des désignations ou nominations au sein d'organismes placés auprès d'eux ou sous leur tutelle ou sous leur contrôle.

2. Les ministres ne sont compétents pour prendre des mesures réglementaires qu'en vertu de textes, le plus souvent des décrets, leur ayant donné cette compétence explicitement et pour un objet clairement délimité. En effet, les ministres ne disposent pas, de manière générale, du pouvoir réglementaire dont le titulaire de droit commun est le Premier ministre.

La jurisprudence a reconnu aux ministres comme à tout chef de service le pouvoir de réglementer l'organisation et le fonctionnement des services placés sous leur autorité (CE Sect., 7 février 1936 Jamart). Sur ce fondement, les ministres peuvent créer des organismes à caractère consultatif – voir *fiche 5.2.2*). Mais ce pouvoir ne peut s'exercer que de manière résiduelle, sous la réserve qu'aucun texte n'ait donné compétence à une autre autorité pour la matière considérée.

FICHE 1.3.7

LES CIRCULAIRES, DIRECTIVES ET INSTRUCTIONS

Sous des appellations diverses - circulaires, directives, notes de service, instructions, etc...- les administrations communiquent avec leurs agents et les usagers pour exposer les principes d'une politique, fixer les règles de fonctionnement des services et commenter ou orienter l'application des lois et règlements.

Si le terme « circulaire » est le plus souvent employé, la dénomination de ces documents qui suivent un régime juridique principalement déterminé par leur contenu n'a par elle-même aucune incidence juridique : une « circulaire » n'a ni plus ni moins de valeur qu'une « note de service ». Tout au plus convient-il de préciser que la « directive » administrative – à ne confondre ni avec les directives communautaires, ni avec les directives mentionnées au code de l'urbanisme – est soumise à un régime juridique particulier (V.infra) et que le terme instruction est souvent employé par l'administration fiscale pour fixer une doctrine qui peut juridiquement s'imposer dans des conditions fixées par le Livre des procédures fiscales (La présente fiche ne traite pas du régime juridique de ces instructions fiscales)

Il doit être fait un usage mesuré des circulaires dont la multiplication comme l'incertitude résultant de leur superposition compliquent l'action administrative plus qu'elles n'en améliorent l'efficacité. Les circulaires doivent respecter des règles de forme et de fond destinées à en garantir l'utilité et la régularité.

1. Une circulaire n'est jamais une condition nécessaire à l'entrée en vigueur d'une loi ou d'un décret. L'administration n'est d'ailleurs jamais tenue de prendre une circulaire (CE, 8 décembre 2000 Syndicat Sud PTT : irrecevabilité du recours dirigé contre le refus de prendre une circulaire). Il convient donc de se garder d'utiliser toute formule posant explicitement ou implicitement une telle condition. Plus généralement, une circulaire n'est en principe destinée qu'à exposer l'état du droit résultant de la loi ou du règlement qui justifie son intervention en vue d'assurer sur l'ensemble du territoire une application aussi uniforme que possible du droit positif : dans cette mesure elle ne saurait évidemment ajouter à cet état du droit soit en édictant de nouvelles normes, soit en en donnant une interprétation erronée. Par voie de conséquence, il faut éviter de confondre la circulaire avec le texte – loi ou décret – qu'elle présente en laissant entendre que telle décision sera prise en application de celle-ci et non de celui-là.

Une circulaire peut être déférée au juge administratif, y compris lorsqu'elle se borne à interpréter la législation ou la réglementation, dès lors que les dispositions qu'elle comporte présentent un caractère impératif (CE Sect., 18 décembre 2002, Mme Duvignères), ce qui est le plus fréquemment le cas. Le juge censure alors – c'est le motif le plus fréquent de censure - celles de ces dispositions que le ministre n'était pas compétent pour prendre. On rappellera en effet que les ministres ne disposent pas du pouvoir réglementaire, qui appartient au Premier ministre et, par exception au Président de la République (voir articles 13 et 21 de la Constitution). Ils ne peuvent prendre de texte à caractère réglementaire qu'en application d'habilitations législatives ou réglementaires expresses dans des domaines déterminés ou, en application de la jurisprudence *Jamart* (CE Section 7 février 1936), dont le champ d'application est aujourd'hui très restreint, pour l'organisation de leurs services.

Mais les circulaires peuvent être annulées pour d'autres motifs que celui de l'incompétence de leur auteur, notamment lorsqu'elles reprennent des dispositions qui sont elles-

mêmes contraires à des normes juridiques supérieures (par exemple, circulaire réitérant les dispositions d'un décret illégal (voir décision Duvignères précitée).

Une circulaire peut néanmoins comporter des directives, c'est-à-dire des orientations au vu desquelles les décisions individuelles seront prises par les autorités qui en sont les destinataires en application de la loi ou du règlement (CE, Sect. 11 décembre 1970 Crédit foncier de France ; 20 décembre 2000, Conseil des industries françaises de défense). Ces directives, qui ne se justifient que lorsque le texte dont il sera fait application laisse une marge d'appréciation telle à ces autorités que leur pouvoir de décision peut être orienté dans un sens déterminé, doivent alors être rédigées de manière à faire apparaître que l'auteur de la décision pourra y déroger pour des motifs tenant soit à la situation individuelle de l'utilisateur ou du demandeur, soit à l'intérêt général.

2. Une circulaire constitue tout à la fois un outil de travail pour les services destinataires et un document d'information pour les usagers. Il est rappelé en effet qu'en vertu de l'article 1^{er} du décret n° 79-834 du 22 septembre 1979 pris pour l'application de l'article 9 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, les circulaires, directives et instructions comportant une interprétation du droit positif ou une description de procédures administratives doivent être publiées dans un bulletin officiel ayant une périodicité au moins trimestrielle. Ce mode de publication n'exclut pas, à titre exceptionnel, une publication au Journal officiel lorsque l'importance de la circulaire, appréciée par le secrétaire général du Gouvernement, le justifie.

La rédaction et la présentation des circulaires doivent faire l'objet d'une attention particulière pour tenir compte de ces différentes contraintes.

Il est donc souhaitable que :

- les services destinataires soient associés selon des formes appropriées à leur élaboration ;
- l'ensemble des références permettant d'insérer la circulaire dans son environnement juridique soit précisément indiqué : texte(s) dont il est fait application et circulaires antérieures ou connexes traitant du sujet ;
- la ou les circulaires auxquelles celle-ci vient se substituer soient expressément abrogée(s) ; au demeurant, le juge administratif regarde comme caduques les instructions émises dans un domaine où les textes ont fait l'objet de modifications et où de nouvelles instructions ont été prises (CE, 6 mars 2002 Union des métiers et des industries de l'hôtellerie et autres) ; dans le même ordre d'idées, il est généralement préférable de ne pas modifier les circulaires mais de les réécrire entièrement.

3. Dans le cas où le ministre – les ministres en cas de circulaire interministérielle - ne signe pas personnellement une circulaire, seul un directeur ou, si ses attributions le justifient, un sous-directeur d'administration centrale peut la signer, à condition qu'ils disposent d'une délégation de signature à cet effet dans le domaine considéré. Le directeur du cabinet du ministre ne peut signer que dans les conditions prévues par le décret du 23 janvier 1947.

Certaines circulaires préparées par les ministères dont l'importance le justifie ou qui traitent d'un sujet à caractère interministériel peuvent être signées par le Premier ministre. Il convient alors de faire apparaître de façon claire et brève les orientations qui justifient la signature du chef du Gouvernement et, le cas échéant, de renvoyer dans des annexes, les dispositions techniques de la circulaire. Elles sont soumises à sa signature et diffusées par les soins du secrétariat général du Gouvernement.

FICHE 1.4.1

SOURCES DOCUMENTAIRES : LEGIFRANCE

Le site Légifrance rassemble directement ou par liens la totalité des sources documentaires publiques dans le domaine du droit

Il donne principalement accès aux textes publiés au Journal officiel et à la jurisprudence, mais également aux normes émises par les institutions européennes et aux traités et accords internationaux de la France.

I. La rubrique « Droit français » :

A. Les textes

Ils sont classés en cinq catégories :

- 1) La Constitution de la V^e République du 4 octobre 1958 dans sa version en vigueur ;
- 2) Les codes officiels, au nombre d'une soixantaine, également à jour, dont les principaux sont traduits en anglais et en espagnol ;
- 3) les autres textes législatifs et réglementaires, c'est-à-dire les lois, ordonnances et décrets, mais également les arrêtés ainsi que d'autres textes émanant notamment des autorités administratives indépendantes.

Pour chaque texte, sont disponibles :

- sa version en vigueur (codes, lois, règlements),
 - sa version d'origine,
 - le fac simile de sa publication au Journal officiel,
 - les textes modificateurs ou d'abrogation,
 - les textes pris pour son application,
 - les travaux parlementaires (pour les lois les plus récentes).
- 4) les conventions collectives relatives à une activité donnée ainsi que les accords s'y rattachant, les salaires et les arrêtés d'extension, dans leur version en vigueur.
 - 5) les bulletins officiels dans lesquels les ministères publient notamment leurs instructions et circulaires.

B. La jurisprudence

La jurisprudence :

- 1) du Conseil constitutionnel,
- 2) du Tribunal des conflits, du Conseil d'Etat, des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs,
- 3) de la Cour de cassation, des juridictions d'appel et des juridictions du premier degré,

peut être consultée soit par un formulaire de recherche soit directement sur les sites respectifs du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation.

II. La rubrique « Droit européen »

La recherche des traités communautaires ou des textes publiés au Journal officiel de l'Union Européenne est accessible par un lien sur le site Eur-Lex de la Commission.

De même, la jurisprudence européenne est accessible sur les sites respectifs de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Enfin, un formulaire permet, après la recherche d'une directive communautaire, de retrouver les dispositions qui l'ont transposée en droit français.

III. La rubrique « Droit international »

Dans cette rubrique, on consultera :

- Les engagements internationaux de la France répertoriés sur son site par la Direction des Archives du ministère des Affaires Etrangères ou dans une liste donnant accès aux traités fondamentaux en ligne sur Internet,

- La jurisprudence internationale sur les sites respectifs de la Cour internationale de Justice, du Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda et de la Cour Pénale Internationale.

IV. L'actualité juridique

La rubrique d'actualité juridique est destinée à faciliter l'accès aux textes législatifs en préparation et à mettre en lumière les récentes dispositions normatives d'intérêt général, tant à l'échelle nationale qu'européenne ou internationale. Elle est mise à jour quotidiennement avec une attention particulière pour les dossiers législatifs qui donnent accès aux travaux préparatoires des projets de lois ou des lois publiées depuis le début de la 12^e législature (mai 2002) ; à chaque loi promulguée est désormais associée un échéancier des décrets d'application attendus ou publiés.

V. Les sites juridiques

Les principaux sites des institutions nationales – notamment celui de l'Assemblée Nationale et du Sénat -, communautaires ou internationales sont répertoriés dans cette rubrique. On y trouvera également les liens vers les sites officiels de diffusion du droit des vingt-cinq Etats-membres de l'Union Européenne.

FICHE 1.4.2

CODIFICATION
(considérations générales)

Essentiellement fondée sur une consolidation et une meilleure organisation des normes existantes, la codification tend à faciliter la connaissance et la communication des règles de droit. Le Conseil constitutionnel a rappelé en 1999 que la codification du droit répondait à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

La codification permet de:

- créer un document unique dans une matière du droit, le code, composé d'une partie législative et d'une ou plusieurs parties réglementaires ;
- rassembler des normes dispersées, législatives ou réglementaires, qu'elle coordonne pour les rendre cohérentes et accessibles à travers un plan logique ;
- clarifier le droit et l'actualiser en abrogeant les textes obsolètes, incompatibles ou contraires à la Constitution, aux engagements communautaires ou internationaux ;
- mettre en évidence les lacunes du système juridique et préparer les réformes nécessaires.

En principe, un code organise et présente les textes dans leur rédaction en vigueur au moment où il intervient. Ce principe de codification à droit constant connaît toutefois des exceptions.

Jusqu'en 1993, le Parlement est intervenu pour donner force de loi à des codes établis par voie réglementaire puis pour adopter la partie législative de certains codes. Afin d'accélérer le processus de codification, il est désormais recouru aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution. La loi habilitant le Gouvernement à codifier par voie d'ordonnances fixe le délai dans lequel le Gouvernement devra publier la partie législative du code.

I. Organisation de la codification

A. Commission supérieure de codification

Le décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la commission supérieure de codification a fixé les objectifs, la composition et les règles de fonctionnement de la commission supérieure de codification. Ultérieurement, la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires a précisé les modalités et les méthodes de rédaction et de préparation des codes.

La Commission supérieure de codification est placée sous la présidence du Premier ministre ; le vice-président a la responsabilité de la bonne exécution du programme et en assure la gestion. Il est assisté d'un rapporteur général et de deux rapporteurs généraux adjoints. Ces derniers représentent la commission aux réunions interministérielles d'arbitrage ; ils suivent plus particulièrement les travaux des rapporteurs particuliers. Le secrétaire général est chargé de l'administration de la commission et des relations avec le secrétariat général du Gouvernement.

Les rapporteurs particuliers auprès de la commission sont affectés à un ou plusieurs codes et suivent leur élaboration depuis la décision de lancement du code jusqu'à sa publication au Journal officiel.

La commission se réunit en séance plénière pour examiner et adopter les projets présentés par les services de l'Etat au cours de leur élaboration à chaque étape décisive (projet de plan, réalisation d'une partie etc.). Les administrations doivent y être représentées par le directeur d'administration centrale compétent ou par toute personne qualifiée pour engager son administration. Ces réunions ont aussi pour effet d'harmoniser les méthodes et les règles de codification d'un code à l'autre.

La programmation générale des travaux de codification est assurée par la Commission supérieure de codification à partir des propositions faites par les ministères.

B. Procédure

Après une réunion interministérielle de lancement, qui a pour objet de fixer de manière aussi précise que possible les principes généraux d'organisation et le périmètre du futur code, met en place une mission de codification par le ministère chargé de la réalisation du code, dont les moyens humains et matériels doivent être proportionnés à l'ampleur, aux difficultés et au calendrier prévisibles du projet. Un plan détaillé est soumis à la commission supérieure de codification lors d'une réunion plénière avant que le code lui-même ne soit élaboré, puis examiné par la commission supérieure.

Le classement des textes législatifs et réglementaires dans un plan unique est l'occasion de vérifier la qualité et la nature de ces dispositions et d'opérer les reclassements nécessaires. Jusqu'en 1989, la codification par voie réglementaire imposait de procéder au déclassement par le biais du second alinéa de l'article 37 de la Constitution qui exige une décision du Conseil constitutionnel pour les textes postérieurs à la Constitution de 1958. Depuis que les parties législatives des codes sont adoptées soit par loi, soit par ordonnance, il est possible de confier aux lois ou aux ordonnances le soin d'abroger elles-mêmes les textes à déclasser avec effet à la publication réglementaire du code, ce qui permet de les reprendre directement dans celle-ci. Il est donc particulièrement utile que les parties législative et réglementaire soient élaborées en même temps ou à échéance très rapprochée.

Les opérations procédurales de codification et de mise à jour des codes bénéficient désormais de l'aide de l'informatique qui a permis d'en normaliser les méthodes. Un grand nombre de codes réalisés ces dernières années (code de justice administrative, code de la santé publique, code de l'action sociale et des familles, etc...) ont pu utiliser le logiciel Magicode, initialement mis au point par la direction générale des collectivités locales du ministère de l'intérieur, et enrichi par d'autres services.

II. Méthodes de codification

- La sélection et l'organisation des dispositions regroupées dans un code doivent reposer sur des choix cohérents et aboutir à un instrument à la fois utile et maniable. Sont donc à éviter les codes rassemblant des dispositions qui n'ont pas véritablement de liens entre elles, ceux dont l'intitulé serait trompeur au regard de leur contenu, ainsi que ceux dont le volume serait excessif ou au contraire trop limité. Une fois le code réalisé, le périmètre et l'économie générale qui ont été initialement retenus doivent être respectés dans l'intérêt même des praticiens et pour ne pas encourir des reproches justifiés, la codification ne doit pas conduire à un bouleversement permanent de la classification du droit et donc des codes. Aussi est-il nécessaire de ne procéder qu'avec circonspection à la modification des périmètres respectifs de codes existants, sauf lorsque les déplacements envisagés auront été antérieurement prévus. De même, il est déconseillé de renuméroter des articles pour en insérer d'autres.

- Le plan du code traduit une organisation du droit adaptée au projet et à l'utilisateur, mettant en valeur les lignes de force de la matière en cause. Sont généralement regroupées en début de code les grands principes généraux qui inspirent la législation en cause, les règles relatives à l'organisation et aux institutions. En pratique, on s'efforcera d'aller du général au particulier pour faciliter ultérieurement la gestion des exceptions et des dispositions particulières.

- La division habituelle est en livres, titres et chapitres, au maximum neuf en raison de la numérotation décimale. Cette organisation commande la numérotation des articles : un article figurant dans le chapitre III du titre II du livre Ier est nécessairement un article commençant par L.123 (ou R. ou D.), suivi d'un tiret et d'une numérotation séquentielle.

La division en parties peut être utile car elle offre ultérieurement une plus grande souplesse de structure et facilite la maintenance du code ; de surcroît, elle permet de répondre aux développements parfois plus volumineux de la partie réglementaire. Certains codes, comme le code de l'éducation, ont utilisé la division en parties sans que celle-ci ait un impact sur la numérotation. Elle présente toutefois l'inconvénient de conduire à des numérotations difficilement mémorisables. Les subdivisions, tels les sections, sous-sections et paragraphes suivent les règles habituelles de l'écriture des textes législatifs. Ces subdivisions n'ont pas d'impact sur la numérotation des articles mais facilitent la consultation et l'intelligibilité du texte.

Les intitulés des parties, livres ou chapitres n'ont pas de portée juridique, mais ils peuvent être utilisés pour interpréter une disposition selon sa place dans un code. Aussi la formulation des intitulés est-elle importante pour que le contenu d'une division corresponde à son intitulé ou qu'à l'inverse l'inclusion d'une disposition étrangère n'en modifie pas la portée.

- Le parallélisme entre les parties législative et réglementaire(s) est la règle et le plan, dans toutes ses divisions et subdivisions, doit se construire en partant des dispositions législatives de manière à ce qu'une numérotation homogène entre les parties législative et réglementaire soit conservée. Néanmoins l'homothétie peut ne pas être parfaite ; aussi en l'absence de dispositions législatives, la partie réglementaire correspondante indiquera « *le présent chapitre ne comprend pas de dispositions législatives* » (et vice versa).

- La désignation des articles permet de déterminer le niveau du texte dont ils sont issus.

Pour la partie législative, les codes distinguent les articles de lois ordinaires (L.) par opposition aux articles de lois organiques (LO.). Le cas échéant, les articles de lois de finances ou de financement de la sécurité sociale sont codifiés en « L ». Mais pour les dispositions relevant du domaine exclusif de ces lois (voir fiches 1.3.4 et 1.3.5), il est préférable de retenir la technique du code suiveur.

Pour la partie réglementaire, la codification distingue les décrets simples, les décrets en Conseil d'État et les décrets en conseil des ministres :

- décret en Conseil d'État : R, et R* s'il est pris en conseil des ministres.

- décret simple : D, ou D* s'il est pris en conseil des ministres ;

Dans la présentation du code, les articles « LO. » et « L » pour la partie législative, et les articles « R* », « R », « D* » et « D » peuvent ne pas être regroupés mais suivre une numérotation continue (voir par exemple le code de la santé publique).

Il doit être signalé que certains codes réalisés avant la mise en place de la commission supérieure de codification retiennent des règles différentes, par exemple une mention R** pour les décrets en Conseil d'Etat délibérés en conseil des ministres. En cas de modification de ces codes, on respectera ces règles.

- Ne sont codifiés ni les textes constitutionnels, ni les textes internationaux et communautaires (qui font parfois l'objet d'une codification au niveau communautaire).

Il peut s'avérer nécessaire dans le souci d'une bonne information de l'utilisateur de procéder à la codification des arrêtés ministériels ou interministériels, identifiées sous des articles « A ».

Cette partie peut alors être jointe au code selon la matière. Le projet n'est pas soumis à la commission supérieure de codification La codification des arrêtés relève de la compétence du ministre et s'opère par arrêté ministériel ou interministériel.

- Le codificateur est souvent conduit à procéder à des renvois soit au sein d'un même code, soit entre des codes différents, soit à des lois non codifiées soit à des textes internationaux, traités ou conventions.

Une autre technique dite du *code pilote* et du *code suiveur* a été préconisée lorsqu'il apparaît nécessaire de reproduire le même texte dans deux codes. Le *code suiveur* reproduit la disposition du *code pilote* en la faisant précéder d'une mention ainsi rédigée : « *Les règles relatives à...sont fixées par les articles L... du code ...ci après reproduits* ». Suit le texte du code pilote en caractères italiques. La même méthode peut être utilisée lorsque l'on souhaite reproduire des dispositions de lois non codifiées, notamment des lois de finances ou de financement de la sécurité sociale. La modification de l'article « suiveur » n'est pas nécessaire en cas de modification de l'article « pilote », dès lors que le texte de codification d'origine a prévu cet ajustement automatique. Il n'est pas d'usage de reproduire le texte d'un article du code général des impôts et du code civil, auxquels renvoie un autre code. Dans la pratique, il s'est avéré que l'utilisation de ce dispositif était lourde, difficile à maîtriser et à tenir à jour et donc source d'erreurs. Aussi est-il souhaitable de le limiter au strict nécessaire et de l'éviter par une juste répartition des textes entre codes.

- Le droit local d'Alsace-Moselle nécessite une attention particulière en raison des domaines où ce droit s'applique. En outre, certains textes locaux issus de la période allemande n'ont jamais fait l'objet d'une traduction publiée officiellement (voir fiche 3.7.1, *application et applicabilité des textes en Alsace-Moselle*).

- Les départements et collectivités d'outre mer connaissent des régimes législatifs particuliers qui ont des effets sur le contenu, les méthodes et le calendrier de la codification. La commission adjointe à la commission supérieure de codification ayant été supprimée en 1997, ses attributions sont désormais exercées par la commission supérieure de codification qui peut nommer, outre le rapporteur principal du projet de code, un rapporteur pour la partie outre-mer. Ce dernier coordonne les travaux du ministère en charge du code et ceux du ministère chargé de l'outre-mer. Il doit donc être associé aux travaux de codification dès le lancement du projet.

2. ETAPES DE L'ELABORATION DES TEXTES

FICHE 2.1.1

LE RÔLE DU SGG ET DU CONSEIL D'ÉTAT DANS L'ÉLABORATION DES TEXTES

I. - Synthèse

Le Conseil d'Etat est obligatoirement consulté sur les projets de textes suivants :

- projets de loi (en application de l'article 39 de la Constitution) ;
- projets d'ordonnances (en application des articles 38 et 74-1 de la Constitution) ;
- projets de décrets pris pour l'application de dispositions, le plus souvent législatives, prévoyant sa consultation ou pris en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution. Hormis cet alinéa, la Constitution ne comporte pas de dispositions générales déterminant les textes qui doivent être soumis au Conseil d'État. (*voir fiche 3.5.1, le renvoi par une loi à des textes réglementaires*).

Pour les demandes d'avis sur une question du droit, *voir fiche 2.1.2 – Les consultations préalables*.

Dans les différentes étapes de la procédure d'élaboration de ces textes, le rôle du secrétariat général du Gouvernement peut être résumé de la manière suivante :

	Saisine du Conseil d'Etat	Inscription à l'ordre du jour du conseil des ministres	Recueil des contreseings (voir fiche 2.1.3)
Projet de loi ou d'ordonnance	SGG (voir fiches 2.2.2 et 2.3.2)	Préparation et programmation par le SGG (voir fiches 2.2.3 et 2.3.3)	SGG. (en ce qui concerne les projets de loi : sur le décret de dépôt au Parlement et sur le décret de promulgation)
Projet de décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres	SGG (voir fiche 2.4.4)	Préparation et programmation par le SGG (voir fiche 2.4.4)	SGG
Projet de décret en conseil des ministres sans consultation du Conseil d'Etat	sans objet	Préparation et programmation par le SGG (voir fiche 2.4.3)	SGG
Projet de décret en Conseil d'Etat (ou après avis du Conseil d'Etat) sans délibération du conseil des ministres	Ministère pilote	sans objet	Recueil des contreseings par le ministère pilote
Projet de décret du second alinéa de l'article 37 de la Constitution	SGG (ainsi que, le cas échéant, saisine préalable du Conseil constitutionnel (voir fiche 2.4.5))	SGG, le cas échéant	Recueil des contreseings par le ministère pilote sauf en cas de délibération en conseil des ministres

Pour les textes qui doivent être délibérés en conseil des ministres, c'est donc du Premier ministre que relève la procédure. Le secrétariat général du Gouvernement doit disposer du texte suffisamment à l'avance pour pouvoir, avant d'en saisir le Conseil d'Etat, le soumettre à l'accord du Premier ministre ou de son cabinet et examiner les diverses questions de droit susceptibles de se poser.

L'envoi du texte au Conseil d'Etat ne pourra intervenir si les avis préalables obligatoires n'ont pas été obtenus (voir fiche 2.1.2 – Les consultations préalables). A tout le moins, le ministère doit justifier qu'ils ont été sollicités en temps utile.

Sauf urgence, la transmission du projet au Conseil d'Etat par les soins du secrétariat général du Gouvernement doit précéder d'au moins quatre semaines sa présentation au conseil des ministres.

Si un décret a été transmis au Conseil d'Etat par un ministère alors qu'il nécessite une délibération du conseil des ministres, le secrétariat général du Gouvernement, informé par le Conseil d'Etat ou par le ministère chargé du texte, décide soit de retirer le texte, soit de régulariser la procédure par l'envoi au Conseil d'Etat d'un projet, après s'être assuré qu'il fait l'objet d'un accord interministériel.

Pour les autres décrets en Conseil d'Etat ou après avis du Conseil d'Etat, sous réserve de ceux pris en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution, le Conseil d'Etat est saisi par le ministre intéressé. Seuls les ministres ou les fonctionnaires ayant une délégation expresse ont qualité pour signer la lettre de saisine ; lorsqu'elle n'est pas signée par un ministre, il est d'usage qu'elle le soit par le directeur d'administration centrale intéressé.

II. - Procédure devant le Conseil d'Etat

Il convient de prévoir des délais suffisants lors de l'établissement du calendrier des textes soumis au Conseil d'Etat.

A. Formations consultatives du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat délibère soit en section, soit en sections réunies, soit en commission permanente (où les différentes sections sont représentées), soit en assemblée générale (pour la compétence de l'assemblée générale et les cas et conditions de dispense voir l'article R.123-20 du code de justice administrative) . Le vice-président du Conseil d'Etat peut également, pour l'examen de certains textes, constituer une commission spéciale, composée de représentants de plusieurs sections et qui remplace celles-ci. La commission permanente examine exclusivement les projets de loi et d'ordonnance qui présentent un caractère d'urgence.

L'urgence est constatée par une décision spéciale du Premier ministre.

B.Répartition des affaires

Un arrêté du Premier ministre du 10 juin 2004 répartit les affaires entre sections, en fonction des départements ministériels dont elles relèvent. Cette répartition est susceptible d'être modifiée lors des modifications intervenant dans la composition du Gouvernement et les attributions de ses membres. Pour les projets et proposition de lois de pays de la Nouvelle-Calédonie, il s'agit d'un arrêté distinct (arrêté du 17 septembre 1999).

C. Commissaires du Gouvernement

L'article R.123-24 du code de justice administrative dispose que des décrets pris sur la proposition des ministres intéressés désignent les fonctionnaires habilités à assister, en qualité de

commissaire du Gouvernement, aux séances du Conseil d'État pour l'ensemble des affaires du département ministériel dont ils relèvent.

Des fonctionnaires peuvent être, en outre, désignés par arrêté ministériel pour prendre part à la discussion d'une affaire déterminée. Des personnes ne relevant pas directement de l'un des ministres intéressés mais dont le concours est utile (agents d'un établissement public ou d'une autorité administrative indépendante, par exemple) peuvent également être habilités en qualité de commissaires du Gouvernement. Il y a lieu dans ce cas d'en prévenir le président et le rapporteur de la formation administrative intéressée. Le président de la formation peut suggérer la désignation de personnes en cette qualité.

Quelle que soit la catégorie dont ils relèvent, les commissaires du Gouvernement assistent aux séances de l'assemblée générale, des commissions ou des sections, pour les affaires qui appellent leur présence. Ils doivent être munis, pour les séances de l'assemblée générale, du texte les habilitant.

Les fonctionnaires désignés doivent avoir un rang suffisant pour engager l'administration. Pour les projets de loi, la représentation du ministère qui a pris en charge la préparation du projet doit comprendre le directeur d'administration centrale principalement intéressé. Les commissaires du Gouvernement représentent l'ensemble du ministère auquel ils appartiennent et non leur direction ou service ; ils doivent avoir une parfaite connaissance de l'ensemble du dossier. On y veillera tout particulièrement lorsque le projet soumis à l'examen est constitué de dispositions diverses. Il est souhaitable que, pour les textes ayant pour objet d'intégrer en droit interne des règles communautaires ou internationales, les agents ayant participé à la négociation de celles-ci soient désignés comme commissaires du Gouvernement.

Il convient toutefois de ne désigner que les fonctionnaires qui sont strictement indispensables à la délibération afin d'éviter de perturber le déroulement normal de la séance. Le cas échéant, le nombre de commissaires du Gouvernement sera fixé par le secrétariat général du Gouvernement avant l'assemblée générale.

Tous les textes dont est saisi le Conseil d'État devant, au préalable, avoir fait l'objet d'un accord interministériel, sous la forme soit de lettres d'accord des ministres intéressés, soit de comptes rendus de réunion interministérielle, c'est cet accord que les commissaires du Gouvernement sont tenus de défendre et d'expliquer à tous les stades de la procédure devant la Haute Assemblée.

Lorsqu'un collaborateur du Secrétaire général du Gouvernement prend part aux travaux du Conseil d'État, c'est à lui qu'il incombe de veiller, au nom du chef du Gouvernement, à la cohésion des interventions des commissaires du Gouvernement. Si des échanges directs peuvent avoir lieu, notamment par voie électronique, entre les fonctionnaires des ministères intéressés et le rapporteur pour la mise au point du texte, le collaborateur du Secrétaire général du Gouvernement doit y être systématiquement associé.

Les avis et délibérations du Conseil d'État sont destinés au seul Gouvernement, ou dans le cas des lois de pays, aux autorités mentionnées à l'article L. 112-6 du code de justice administrative. Cette règle a été consacrée par l'article 1er de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public qui exclut les avis du Conseil d'État des documents administratifs communicables. Sauf si le Premier ministre en décide autrement, les avis sur les projets de textes ne doivent faire l'objet d'aucune divulgation. Cette règle doit être strictement respectée par les commissaires du Gouvernement et les autres personnes informées de la teneur des avis.

FICHE 2.1.2

LES CONSULTATIONS PREALABLES

L'édiction des textes législatifs ou réglementaires est souvent précédée de la consultation d'organismes créés à cet effet ou dont c'est l'une des missions. La consultation peut être facultative ou obligatoire, voire être assortie de la nécessité d'un avis conforme, et obéit, dans ces différents cas, à des règles partiellement communes. La procédure de consultation doit être distinguée du cas dans lequel une décision ne peut être prise que sur proposition d'une autre autorité ou d'un organisme.

Ces consultations, qui s'insèrent dans la procédure d'édiction d'un texte, doivent être, en droit, distinguées des concertations ou discussions qui peuvent être préalablement ou parallèlement engagées avec les représentants des différentes catégories de personnes ou d'organismes intéressées par le projet.

Il doit être rappelé que la légalité externe d'un acte administratif s'apprécie à la date à laquelle cet acte est pris. Est donc irrégulier un acte qui n'a pas fait l'objet des consultations prévues selon les dispositions en vigueur à la date à laquelle cet acte est signé (et non préparé) : voir CE, Ass., 19 novembre 1955, Andréani ; Section, 30 juillet 2003, Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs.

I. - Règles générales applicables aux consultations

A. Caractère obligatoire ou non de la consultation

Le caractère obligatoire ou facultatif de la consultation résulte des termes mêmes du texte ayant institué l'organisme ou prévu une consultation.

La consultation d'un organisme est ainsi obligatoire sur les mesures énumérées ou définies par ce texte notamment lorsque celui-ci a prévu que :

- l'organisme « est consulté sur les projets de textes législatifs et réglementaires (ou toute mesure) », formule la plus courante, ou que cet organisme « se prononce » sur ces textes (voir par exemple 6 mars 1987 Chambre syndicale des centres agréés d'abattage et de conditionnement des produits de basse-cour) ou « émet un avis » sur ces textes ou que ceux-ci ont pris « sur (son) avis » ; cet avis doit être conforme si le texte le prévoit expressément ou s'il dispose que la décision est prise « de l'avis de » ;

- l'autorité administrative « soumet » à l'organisme les textes en question.

B. Règles à respecter en cas de consultation obligatoire

1°) Consultation non assortie d'une décision conforme

L'obligation de solliciter un avis constitue une formalité substantielle dont l'omission entache d'illégalité la décision prise.

Pour les lois, seule la méconnaissance d'une obligation de consultation résultant de la Constitution elle-même ou d'une loi organique peut conduire à la censure du texte par le Conseil constitutionnel. Mais, en amont, un projet de loi qui n'a pas fait l'objet des consultations prescrites par une disposition législative ou un décret sera rejeté par le Conseil d'Etat.

- L'organisme doit être mis à même de se prononcer en connaissance de cause ; il convient donc de veiller au respect des délais de convocation ainsi que des modalités de celle-ci (ordre du jour, documents sur lesquels ou à partir desquels l'organisme doit se prononcer) qui sont en général fixés par le texte ayant institué l'organisme à consulter ; à défaut de telles précisions, s'appliquent, pour les organismes consultatifs placés auprès de l'Etat ou d'un établissement public administratif de l'Etat autres que ceux compétents dans le domaine de la fonction publique, les dispositions de l'article 11 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers. Cet article prévoit que, sauf urgence, les membres des organismes consultatifs reçoivent, cinq jours au moins avant la date de leur réunion, une convocation écrite comportant l'ordre du jour et, éventuellement, les documents nécessaires à l'examen des affaires qui y sont inscrites (CE, 18 décembre 1991, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique). La consultation n'est pas régulière lorsque les membres de l'organisme ont été saisis d'un document sur lequel il leur a été demandé de faire part individuellement de leurs observations sans qu'ils aient été mis à même d'en débattre collégalement (CE, 17 mai 1999, Société Smithkline Beecham). De manière plus générale, l'ensemble des conditions auxquelles est soumis le fonctionnement de l'organisme consulté (composition, règles de quorum, de vote, motivation éventuelle des avis) doit être respecté pour garantir la régularité de l'avis, et, par suite, la légalité du texte.

- En principe, l'organisme peut ne pas être saisi du projet de texte en tant que tel (CE, 6 juin 1979, Havey ; Ass., 10 avril 1992, Association nationale de protection des salmonidés), sauf s'il résulte des dispositions relatives à sa consultation qu'il doit se prononcer sur le projet lui-même. En tout état de cause, il doit être consulté sur chacune des questions que soulève ce projet (CE, Ass. 23 octobre 1998, Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilées). Ainsi, même si l'autorité administrative n'est pas liée par l'avis, elle ne peut pas prendre une décision traitant de questions nouvelles par rapport au projet soumis à consultation et aux observations ou suggestions éventuellement émises par l'organisme (CE, 28 avril 1954, Commune de Willer-sur-Thur).

Une consultation sur le projet de texte lui-même apparaît donc plus prudente en toute hypothèse. Néanmoins, l'administration doit être consciente des inconvénients auxquels peut conduire une discussion avec les membres de l'organisme consulté sur des aspects purement rédactionnels, dont elle doit garder la maîtrise dans le but de parvenir à un texte clair, dénué de toute ambiguïté juridique. La consultation n'a jamais pour objet de recueillir un avis juridique et ne doit pas avoir pour résultat un texte consensuel au prix d'une dégradation de sa qualité juridique et de sa rédaction. Les administrations ne doivent notamment pas perdre de vue que les textes faisant l'objet de consultations peuvent, lors de leur examen par le Conseil d'Etat, si celui-ci est requis ou sollicité, susciter des objections ou des modifications. Aussi doivent-elles veiller à réserver la position finale du Gouvernement au vu de l'avis du Conseil d'Etat. L'examen auquel procède celui-ci peut au demeurant faire apparaître des questions nouvelles qui nécessiteront alors une nouvelle consultation de l'organisme.

- Enfin, la décision doit intervenir dans des conditions qui ne dénaturent pas l'obligation de consulter, ce qui peut arriver d'une part lorsque le délai qui sépare la décision de l'avis est trop court pour que l'autorité ait pu prendre connaissance de celui-ci (CE, Ass., 3 décembre 1971, Branger), d'autre part lorsque des circonstances de fait ou des considérations de droit apparues entre la consultation et la décision rendaient nécessaires une nouvelle consultation (CE, Sect., 2 janvier 1959, Union nationale des cadres de la maîtrise eau, gaz, électricité). Tel peut notamment être le cas lorsque les règles de composition ou de fonctionnement de l'organisme à consulter ont été substantiellement modifiées postérieurement à la consultation initialement effectuée.

2°) Avis conforme

Un avis conforme n'est exigé que lorsqu'un texte le prévoit expressément (voir infra).

L'organisme doit être mis à même de se prononcer en connaissance de cause et doit être saisi du projet de texte.

La décision de l'autorité administrative n'est régulière que si elle est conforme à l'avis de l'organisme consulté. Le défaut d'avis conforme est une irrégularité qui peut être soulevée d'office par le juge (Conseil d'Etat, 8 juin 1994, Mme Laurent). Aucune décision ne peut être prise si l'avis est défavorable et en cas d'avis favorable sous réserve, la décision n'est légale que si elle tient compte de cette réserve.

C. Règles à respecter en cas de consultation facultative

La consultation, bien que facultative, doit être régulière (CE Ass., 22 juin 1963, Albert et Ass. 9 décembre 1966, Berland).

L'organisme doit donc être mis à même de se prononcer dans les mêmes conditions que si la consultation était obligatoire. Bien que les dispositions de l'article 11 du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration ne soient pas applicables, il est recommandé, dans le silence des textes, d'en suivre les prescriptions sur les modalités de la consultation.

La consultation étant facultative, l'organisme peut ne pas être consulté sur l'ensemble des questions soulevées par le projet. Par voie de conséquence la décision prise peut traiter de questions qui ne lui ont pas été soumises.

II. - Règles propres à la consultation du Conseil d'Etat

A. Consultation obligatoire

1°) Différents cas

Le Conseil d'Etat est obligatoirement consulté sur les projets de loi et d'ordonnance (*voir fiches 2.2. – Etapes de l'élaboration d'une loi et 2.3. – Etapes de l'élaboration d'une ordonnance*) ainsi que sur les projets de décrets pour lesquels une loi a prévu cette consultation (*voir fiche 2.4.2 – Etapes de l'élaboration d'un décret en Conseil d'Etat*).

Sa consultation est également obligatoire pour les projets de décrets de « déclassement » mentionnés au second alinéa de l'article 37 de la Constitution (*voir fiche 2.4.5 – Etapes d'élaboration d'un décret du second alinéa de l'article 37 de la Constitution*) ainsi que pour les décrets modifiant les décrets « portant règlement d'administration publique » ou portant la mention « le Conseil d'Etat entendu ». En effet, la mention « le Conseil d'Etat entendu » ou « le Conseil d'Etat (Section de ...) entendu, » figurant dans les visas a pour conséquence d'imposer, en principe, la consultation du Conseil d'Etat pour modifier le texte ultérieurement, alors même qu'aucun texte ne rendait obligatoire cette consultation à l'origine (CE, Ass., 3 juillet 1998, Syndicat national de l'environnement CFDT).

Pour être à même de modifier par décret simple, un décret dont les visas portent la mention « le Conseil d'Etat entendu », il faut :

- qu'aucun texte n'impose la consultation du Conseil d'Etat ;
- et qu'une disposition ait été introduite dans le texte, par un décret en Conseil d'Etat, précisant que « le présent décret peut être modifié par décret » ou qu'une loi postérieure au décret ait prévu, dans la matière considérée, l'intervention de mesures d'application prises « par décret ».

La précision « le présent décret peut être modifié par décret » doit également figurer dans les décrets de « déclassement » pris en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution, s'ils n'ont été soumis au Conseil d'Etat qu'en raison de l'utilisation de cette procédure.

2°) Suites à donner aux avis

En règle générale, les avis du Conseil d'État ne lient pas le Gouvernement. Toutefois, il convient de préciser que, pour les ordonnances et les décrets en Conseil d'Etat, le texte finalement retenu ne peut être que celui adopté par le Conseil d'Etat ou celui qui lui a été soumis (pour des précisions sur cette règle voir fiches 2.3.3 et 2.4.2)

Des dispositions particulières peuvent cependant imposer au Gouvernement de suivre l'avis du Conseil d'État, principalement en cas de dissolution de syndicats mixtes, en cas de prise de possession immédiate par l'administration de parcelles de terrain (art. L. 15-9 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique) ou en cas de création, modification ou suppression de congrégation (art. 13 de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations).

3°) Conséquences d'un défaut de consultation

Si un texte impose de recueillir l'avis du Conseil d'État, l'absence de consultation entache l'acte d'une illégalité qui peut être soulevée d'office par la juridiction administrative, à la différence de l'irrégularité de la consultation des autres organismes.

S'agissant des projets de loi, le Conseil constitutionnel, par une décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, a rappelé que la consultation du Conseil d'Etat est imposée par l'article 39 de la Constitution ; il a en conséquence censuré une disposition d'une loi votée, issue du projet adopté en conseil des ministres, qui posait une question non évoquée devant le Conseil d'Etat.

B. Consultation facultative

En l'absence même de dispositions faisant obligation de consulter le Conseil d'État, la complexité ou la nature de la matière traitée peuvent justifier un examen par la Haute Assemblée.

C. Demandes d'avis

Des demandes d'avis peuvent en outre être adressées au Conseil d'État conformément à l'article L.112-2. du code de justice administrative. Dans tous les cas de figure, la saisine du Conseil d'État est effectuée par le secrétariat général du Gouvernement.

1°) Cas général

Les questions relatives à l'application des articles 34 et 37 de la Constitution sont normalement soumises au Conseil d'État à l'occasion de l'examen d'un texte (projet de loi ou de décret ou encore selon la procédure prévue au second alinéa de l'article 37 de la Constitution). Plus généralement, le Conseil d'Etat n'est pas saisi de demandes d'avis portant sur les questions posées par un texte en cours de préparation qui devra lui-même être soumis au Conseil d'Etat. C'est à l'occasion de l'examen du texte que ces questions seront tranchées. De même, le Conseil d'Etat ne doit pas être saisi de questions soulevées par des litiges pendants devant une juridiction.

Les demandes seront adressées au nom des ministres et sous leur timbre au Conseil d'Etat, par les soins du secrétariat général du Gouvernement, après accord du Premier ministre. La demande d'avis doit être signée du ministre lui-même ou, exceptionnellement, de son directeur du cabinet. Si le sujet relève de plusieurs ministères, la demande d'avis doit être signée de chacun des ministres concernés.

Concrètement, il appartient au ministre souhaitant formuler la demande d'adresser au service législatif du secrétariat général du Gouvernement le projet de demande d'avis, accompagné d'un dossier contenant :

- une copie des textes législatifs ou réglementaires pouvant être utiles à la solution de la question ;

- des correspondances ou documents établissant de manière claire et précise la position des autres ministères concernés par la question posée. En l'absence de réponse dans un délai raisonnable, la lettre informant ces départements ministériels de l'intention de demander l'avis du Conseil d'Etat doit être considérée comme suffisante.

Il est rappelé que les avis et délibérations du Conseil d'Etat sont destinés au seul Gouvernement et ne doivent pas être rendus publics, sauf dérogation expresse accordée par le Premier ministre, consulté par les soins du secrétariat général du Gouvernement.

2°) Cas particulier de la saisine pour avis du Conseil d'Etat, lors de la négociation d'actes de l'Union européenne

Parmi les centaines de projets de textes communautaires faisant chaque année l'objet d'une saisine du Conseil d'Etat dans le cadre de la procédure de l'article 88-4 de la Constitution, seul un petit nombre soulève des difficultés telles qu'elles justifient en outre, au stade de la négociation, une saisine pour avis du Conseil d'Etat.

Il s'agit de propositions ou projets dont l'application est susceptible d'avoir un impact important sur le droit interne. Tel est notamment le cas de textes dont la transposition en droit interne pourrait soulever des difficultés de nature constitutionnelle ou de projets ou propositions d'actes (qu'il s'agisse de directives, de décisions-cadres ou de règlements) fondés sur des concepts dont la traduction en droit interne paraîtrait incertaine.

La saisine du Conseil d'Etat a ainsi vocation à répondre aux interrogations d'ordre juridique identifiées dans la définition des positions françaises dans la négociation européenne effectuée sous l'égide du secrétariat général des affaires européennes (SGAE). Elle a pour objet d'aider le Gouvernement dans la négociation de l'acte dans le cadre des institutions de l'Union européenne.

L'opportunité de la saisine du Conseil d'Etat fait l'objet d'une expertise interministérielle qu'il appartient au SGAE de conduire.

La formulation de la demande d'avis donne lieu à un travail interministériel sous l'égide du SGAE. En règle générale, sous réserve d'une appréciation au cas par cas, il conviendra de veiller à ce que la souplesse de la rédaction de la demande d'avis permette au Conseil d'Etat de se saisir d'une question que le Gouvernement n'aurait pas identifiée au préalable.

Le projet de demande d'avis, accompagné d'un compte-rendu de l'état de la négociation, d'une présentation de la position de la Commission et de la dernière version de l'acte en cours de négociation à la date de la saisine, est adressé par le SGAE au secrétaire général du Gouvernement. Il appartient au Premier ministre (secrétariat général du gouvernement) de décider de la transmission au Conseil d'Etat.

Les modalités d'examen par le Conseil d'Etat sont celles normalement applicables aux autres demandes d'avis présentées sur le fondement de l'article L. 112-2 du code de justice administrative, tant en ce qui concerne les délais de traitement que la détermination de la formation appelée à en connaître.

L'avis sera transmis par le Conseil d'Etat au secrétariat général du Gouvernement et au SGAE.

Il convient de veiller à ce que cette nouvelle possibilité soit utilisée chaque fois qu'un projet ou une proposition d'acte de l'Union européenne paraîtra poser des problèmes juridiques ou qu'apparaîtront, en cours de négociation, des difficultés de cette nature.

III. - Consultation du Conseil économique et social

A. Différents cas

En vertu de la Constitution et de l'ordonnance n°58-1360 du 29 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au Conseil économique et social, le conseil émet des avis dans les cas ci-après :

- il est obligatoirement consulté sur les projets de loi de programme ou de plan à caractère économique et social, à l'exception des lois de finances (art. 70 de la Constitution).

Il résulte de la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 relative à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école qu'on doit entendre par loi de programme à caractère économique ou social une loi qui fixe des objectifs qualitatifs et quantitatifs à l'action de l'Etat en matière économique et sociale. Il n'est plus nécessaire, compte tenu de l'abrogation de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 par la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, que ces objectifs aient une traduction financière pour que la loi en cause puisse être qualifiée de loi de programme au sens de l'article 70 de la Constitution.

- le Conseil économique et social peut être consulté sur les projets ou propositions de loi, d'ordonnance ou de décret, ainsi que sur tout problème à caractère économique et social que le Gouvernement lui demande d'étudier (art. 69 et 70 de la Constitution et art. 2 de l'ordonnance) ;

- il peut, de sa propre initiative, suggérer au Gouvernement des réformes dans toute matière entrant dans son domaine de compétence.

B. Procédures

Hormis les cas où il intervient de sa propre initiative, le Conseil économique et social ne peut être saisi que par le Premier ministre, la lettre de saisine étant préparée par les soins du secrétariat général du Gouvernement. Il ne peut en aucun cas être directement saisi par un ministre.

La lettre de saisine peut être accompagnée du texte sur lequel l'avis est sollicité. Dans certains cas, elle peut être précédée d'une lettre qui indique au conseil que le Gouvernement prépare un projet de loi sur tel sujet et lui demande de désigner un rapporteur qui sera associé aux travaux préparatoires.

La procédure est coordonnée par un membre du cabinet du Premier ministre en liaison avec le conseiller pour les affaires économiques au secrétariat général du Gouvernement. Il appartient aux ministères qui désirent saisir le conseil d'une demande d'avis ou d'étude de se mettre en rapport avec ces personnes et de leur transmettre un projet de lettre de saisine.

Le Gouvernement a la faculté de déclarer l'urgence sur les demandes d'avis portant sur un texte (loi de programme, de plan, loi ordinaire ou décret) et le conseil doit alors se prononcer dans le délai d'un mois (art. 2 de l'ordonnance du 29 décembre 1958).

Les avis et études du Conseil économique et social sont transmis au Premier ministre par les soins du bureau du conseil. Ils font l'objet d'une publication particulière dans la série Documents administratifs du Journal officiel.

C. Suivi des avis émis

- Selon l'article 4 de l'ordonnance n°58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social : « Chaque année, le Premier ministre fait connaître la suite donnée aux avis du Conseil économique et social. » Cette prescription s'applique aussi bien aux cas dans lesquels le Conseil économique et social est obligatoirement saisi qu'à ceux dans lesquels sa consultation est facultative, ou encore aux avis qu'il émet de sa propre initiative.

Bien que l'ordonnance ne fixe aucun délai pour l'envoi des réponses, il convient d'adresser au Conseil économique et social, dans des conditions telles qu'il conserve un intérêt pour celui-ci, un exposé précis des décisions prises par le Gouvernement ou des mesures envisagées par lui dans les domaines qui ont fait l'objet de propositions de la part du conseil.

C'est pourquoi le secrétariat général du Gouvernement communique systématiquement aux ministres principalement intéressés les avis du conseil dès leur parution au Journal officiel, en leur demandant de lui faire connaître dans un délai de six mois la suite qui leur a été donnée. Après relecture par le chargé de mission compétent, cette réponse est ensuite adressée au président du Conseil économique et social.

IV. - Consultation d'autres organismes

A. Consultation d'assemblées ou d'organismes locaux

1°) Corse

voir fiche 3.7.2

2°) Outre-mer

voir fiches 3.6

V. - Consultations de la Commission européenne

Le Traité instituant la Communauté européenne et certains actes de droit dérivé exigent une consultation préalable de la Commission européenne.

Il en va ainsi notamment en ce qui concerne les textes instituant des aides (articles 92 et 93 du traité) ou des « règles techniques » (directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques).

L'obligation d'information concernant les aides est générale : alors même que l'aide serait jugée compatible avec le marché commun, le projet de texte doit être notifié à la Commission, seule juge de sa compatibilité sous le contrôle du juge communautaire (CJCE 21 novembre 1991 Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon C 354/90). On doit tenir compte, dans le calendrier d'élaboration du texte, des délais dont doit disposer la Commission pour l'examiner : le Conseil d'Etat refuse d'examiner les projets qui n'ont pas été soumis à la Commission ou pour lesquels le délai dont elle dispose n'est pas expiré. En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (aff. C. 354/90 du 21 novembre 1991, Rec. I. 5505) et du Conseil d'Etat (2 juin 1993, Féd. nat. du commerce extérieur des produits alimentaires et Synd. nat. des négociants et transformateurs de saumon), les textes instituant une aide ne peuvent entrer en vigueur avant la notification par la Commission au gouvernement français de sa décision clôturant la procédure de consultation. La décision par laquelle la Commission déclare compatibles avec les règles de concurrence les mesures dont elle a été saisie n'a pas pour effet de valider rétroactivement ces mesures lorsqu'elles ont été prématurément publiées.

Toutefois, certaines aides d'importance mineure, communément qualifiées de « de minimis » sont exemptées de l'application des dispositions du Traité. Le règlement (CE) n° 69/2001 de la Commission, du 12 janvier 2001 a fixé les règles d'exemption.

FICHE 2.1.3 SIGNATURES ET CONTRESEINGS

I. - Répartition des tâches entre le secrétariat général du Gouvernement et les ministères pour le recueil des signatures et contreseings

C'est au secrétariat général du Gouvernement qu'il appartient de recueillir la signature du Président de la République et du Premier ministre sur les textes que ceux-ci ont compétence pour signer (principalement décrets de promulgation des lois, ordonnances et décrets Voir fiches 3.9.1 - les actes du Président de la République et 3.9.2 – les actes du Premier ministre) ;

En ce qui concerne les contreseings, le secrétariat général du Gouvernement recueille celui du Premier ministre sur les actes du Président de la République pour lesquels ce contreseing est requis ainsi que les contreseings des ministres sur les décrets de promulgation des lois, les ordonnances, les décrets en conseil des ministres et les décrets pris en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution.

Dans les autres cas, c'est au ministère responsable du texte qu'il revient de recueillir les signatures (principalement pour les arrêtés interministériels) ainsi que les contreseings (décrets autres que ceux mentionnés ci-dessus)

II. - Procédures de recueil des contreseings par les ministères

A.Règles générales

Il est demandé au ministère qui a l'initiative du texte d'indiquer de façon brève aux ministères qu'il saisit en vue du contreseing d'un texte, soit dans une fiche jointe, soit dans la lettre ou le bordereau de transmission :

- le nom du fonctionnaire compétent de son administration (il doit s'agir du fonctionnaire capable de répondre aux questions que peut poser le projet de texte) et éventuellement celui de son correspondant dans le ministère contresignataire ;

- le cas échéant la mention des réunions interministérielles auxquelles ce texte a pu donner lieu ; dans ce dernier cas, le compte rendu sera joint.

Il est recommandé aux ministères de charger un ou deux agents spécialisés (appartenant de préférence au bureau du cabinet) de suivre directement l'acheminement des projets de texte et de veiller à ce que les signatures soient recueillies dans des délais convenables.

Il est rappelé que ces délais ne doivent pas être allongés par la consultation des services dans les différents ministères contresignataires.

En effet :

- si le texte a fait l'objet d'un accord interministériel consigné dans un compte-rendu du secrétariat général du Gouvernement, il doit être signé sans modification ;

- si le ministère saisi est le rédacteur initial du projet et que celui-ci n'a pas été modifié, les services le connaissent suffisamment pour ne pas avoir à donner un nouvel avis avant signature ;

- si le ministère saisi est contresignataire d'un décret préparé par un autre ministère à l'élaboration duquel il a été associé, les services ont déjà été consultés.

Dans tous ces cas, un délai qui ne saurait excéder trois jours paraît suffisant pour que les services concernés du ministère soient informés de ce texte et que la signature du ministre puisse être apposée.

Ce n'est que dans l'hypothèse où le ministre auquel on demande un contreseing n'a pas été associé à l'élaboration du texte que la saisine pour avis de ses services se justifie et peut éventuellement conduire à exiger un délai supérieur.

B. Procédures particulières

1°) Contreseing simultané

En vue d'accélérer la signature des textes, les signatures des différents ministres contresignataires peuvent être recueillies non pas successivement sur un exemplaire, mais simultanément sur plusieurs exemplaires.

Cette procédure de “ contreseings simultanés ” est admise si les conditions suivantes sont toutes réunies :

- il s'agit de décrets de caractère réglementaire et non individuel ;
- le nombre des ministres, ministres délégués ou de secrétaires d'État contresignataires est au moins de trois ;
- le projet de décret correspond à une décision prise par le Premier ministre ou résulte d'un accord déjà réalisé entre les différents départements ministériels intéressés.

Cette procédure impose le respect des règles de forme suivantes :

- le ministère qui a l'initiative du texte le fait établir à partir d'une frappe unique, en un nombre d'exemplaires égal au nombre de contreseings à recueillir. Chaque exemplaire comporte sur chacune des pages le timbre de ce ministère et fait apparaître à la page de signature la copie de la signature du ministre ayant l'initiative du texte ;

- lorsque le texte doit être contresigné par un ministre et un ministre délégué ou un secrétaire d'État relevant de son autorité, ces deux contreseings sont recueillis sur le même exemplaire ;

- toute modification de rédaction qui pourrait intervenir en cours de signature implique le retrait de tous les exemplaires en circulation et l'établissement d'un nouveau document ;

- une fois tous les contreseings recueillis, le ministère responsable du texte adresse les différents exemplaires au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) pour signature du Premier ministre : ces exemplaires sont rassemblés dans un bordereau unique qui porte la mention : “ contreseings simultanés ” et indique le nombre des exemplaires identiques adressés.

2°) Recueil accéléré des contreseings

Afin de mettre fin aux blocages et retards que même la procédure des contreseings simultanés n'est pas parvenue à combattre efficacement, une procédure accélérée de recueil des contreseings a été mise en place pour les décrets réglementaires ayant fait l'objet soit de lettres d'accord ministérielles, soit d'un compte-rendu de réunion interministérielle établi par le secrétariat général du Gouvernement. Les modalités de cette procédure sont définies par l'annexe 1. Le caractère dérogatoire et contraignant de ce dispositif justifie un respect particulièrement rigoureux des formalités et procédures prévues.

III. - Saisine du secrétariat général du Gouvernement pour signature éventuelle par le Président de la République ou le Premier ministre et publication

A. Composition du dossier

1°) Numéro NOR

Tous les textes destinés à être publiés au Journal officiel sont préalablement adressés au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) et affectés d'un numéro NOR (Voir annexe 2). Il en va de même pour les textes non publiés adressés au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) aux fins de recueil de la signature du Premier ministre et, le cas échéant, de celle du Président de la République.

2°) Bordereau d'envoi

Les textes sont adressés au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) sous bordereau récapitulatif des pièces, revêtus des signatures nécessaires, à l'exception de celles, s'il y a lieu, du Président de la République et du Premier ministre. Pour les décrets et les arrêtés soumis à la signature du Premier ministre, le bordereau doit être conforme au document type figurant en annexe 3. Les textes doivent être expédiés au secrétariat général du Gouvernement par le chef du bureau du cabinet, et lui seul et à l'attention du service législatif. Les mentions réclamant une publication urgente doivent toujours être motivées.

Chaque texte porte le timbre du ministère sous la rubrique duquel il doit être publié au Journal officiel. Il est précédé du titre qui doit paraître au Journal officiel.

3°) Règles particulières aux décrets

Il convient d'adresser au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) :

a) l'original contresigné des ministres et secrétaires d'État intéressés accompagné de 3 copies si le texte doit être publié in extenso. Si le texte est publié par extrait, il doit être produit deux exemplaires de l'extrait dont l'insertion au Journal officiel est demandée (une liste des principaux textes à publier par extrait figure en annexe 4) et autant de copies que de ministres contresignataires (pour ampliation);

b) le rapport au Président de la République ou au Premier ministre ;

c) l'avis du Conseil d'État, pour les décrets en Conseil d'État ;

Si le texte est intégralement conforme à l'avis du Conseil d'État, le rapport de présentation l'indique. Si le décret proposé à la signature comporte une divergence avec l'avis donné par le Conseil d'État, il faut impérativement joindre au dossier le projet initial du Gouvernement et une note expliquant les raisons de cette divergence. Cette note doit énumérer les points de divergence avec le texte du Conseil d'État, montrer, pour chacun de ces points, que la version retenue est celle du projet du Gouvernement soumis au Conseil d'État (le plus simple est de joindre un tableau comparatif des trois versions : projet initial, avis du Conseil d'État, projet retenu), indiquer les raisons pour lesquelles l'avis du Conseil d'État n'est pas suivi (motifs juridiques, intérêt pratique, réformes envisagées,...) et mentionner la portée de ces divergences et notamment les risques contentieux induits par la version retenue.

A défaut de production de cette note, le texte n'est pas mis à la signature du Premier ministre. Au vu de cette note, il peut être décidé d'organiser, sous la présidence du secrétaire général du Gouvernement et d'un membre du cabinet du Premier ministre une réunion de mise au point du texte (voir fiche 2.4.2, étapes de l'élaboration d'un décret en Conseil d'État).

d) le cas échéant, l'étude d'impact et l'avis des organismes dont la consultation est requise ;

e) les pièces annexes, lorsque de telles pièces sont mentionnées dans le corps du décret (notamment tableaux)

Il convient en outre de respecter les règles suivantes :

- les décrets soumis à la signature du Président de la République ou du Premier ministre ne sont pas datés (ils seront datés par les soins du secrétariat général du Gouvernement) ;

- la signature du Premier ministre et, le cas échéant, du Président de la République se situe au-dessus des mentions " Par le Premier ministre " ou " Par le Président de la République ". En conséquence, il faut ménager un espace de 5 centimètres au moins de hauteur pour permettre au Premier ministre et, le cas échéant, au Président de la République d'apposer leur signature.

4°) Règles particulières aux arrêtés, circulaires et décisions

Lorsqu'un arrêté est soumis à la signature du Premier ministre, une note de présentation doit être jointe à l'envoi et, pour les arrêtés soumis à la signature du Premier ministre, autant de copies que de ministres signataires (pour ampliation).

Doivent être datés, lors de leur envoi pour publication au secrétariat général du Gouvernement (service législatif), les textes suivants :

- tous les arrêtés (à l'exception de ceux signés du Premier ministre qui le seront par les soins du secrétariat général du Gouvernement) ;

- les circulaires et instructions non signées du Premier ministre ;

- les décisions.

Il convient de rappeler que la date des arrêtés interministériels ne saurait être antérieure à celle du recueil de la dernière signature. Il appartient au ministère responsable du texte de s'assurer, à cette date, que la situation de chacun des signataires n'a pas connu d'évolution pendant la période, parfois longue, de recueil des contreseings.

ANNEXE 1

RECUEIL ACCELERE DES CONTRESEINGS

1. - Champ d'application de la procédure

Cette procédure ne s'applique que pour les contreseings des décrets réglementaires non délibérés en conseil des ministres qui :

- soit ont été approuvés au cours d'une réunion interministérielle et sont annexés au compte rendu de celle-ci ;

- soit ont fait l'objet de lettres d'accord des différents ministères contresignataires.

Si le décret en question nécessite pour sa mise en oeuvre effective que soient pris simultanément des arrêtés d'application, ceux-ci pourront être mis au contreseing conjointement avec le décret principal dans le cadre de la procédure d'urgence, à la condition toutefois qu'ils aient eux aussi fait l'objet d'un accord interministériel.

2.- Description de la procédure

a) Transmission du projet aux ministres contresignataires selon les conditions usuelles de contreseing simultané

Cet envoi est nécessairement fait par l'entremise des bureaux du cabinet des ministères concernés, qui seuls ont une connaissance suffisante des circuits pour pouvoir informer rapidement et sûrement toute personne intéressée sur l'état d'avancement du texte. L'utilisation de circuits parallèles de signature est à proscrire, car elle induit un risque de perte du projet de décret et rend difficile le suivi de la procédure par le ministère pilote sans apporter le plus souvent de gain de temps par rapport au circuit normal.

L'envoi doit impérativement être accompagné de la copie soit des lettres d'accord, soit du compte rendu de la réunion d'arbitrage. Il est assorti d'une lettre de transmission visant la présente circulaire et impartissant au ministre destinataire un délai de quinze jours pour contresigner le texte.

b) En cas de retard, saisine du secrétariat général du Gouvernement et relance du ou des ministères retardataires

Le ministère pilote :

- adresse en l'état l'ensemble de son dossier au service législatif du secrétariat général du Gouvernement avec les contreseings dont il dispose et les pièces annexes usuelles. Cette transmission est accompagnée d'un bordereau conforme au modèle figurant ci-après ;

- informe de cet envoi, par une lettre de directeur du cabinet à directeur du cabinet conforme au modèle ci-après, le ou les ministère(s) retardataires et leur impartit un nouveau délai de sept jours. Si des raisons sérieuses s'opposent à la signature du décret en l'état, le ministère retardataire doit les faire connaître sans délai tant au ministère pilote qu'au secrétariat général du Gouvernement afin que la difficulté soit tranchée.

Il est rappelé que cette procédure ne s'appliquant qu'à des décrets ayant fait l'objet de lettres d'accord ou d'un arbitrage à Matignon, la transmission du texte par le cabinet à ses services ne pourra en aucun cas être considérée comme un motif légitime de retard.

c) En cas de retard prolongé, le texte est présenté à la signature du ou des ministres par le secrétariat général du Gouvernement

Si, dans le délai de sept jours ainsi imparti, le ministère retardataire n'a ni contresigné le texte ni fait état de raison légitime s'opposant à son contreseing, le secrétaire général du Gouvernement pourra recueillir directement, sans autre procédure préalable, lors du premier conseil des ministres utile, la signature de ce ministre.

BORDEREAU D'ENVOI
(un seul texte par bordereau)

MINISTÈRE

Destinataire :
Secrétariat général du Gouvernement
Service législatif
57, rue de Varenne, 75700 Paris

A l'attention de

**PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE DE RECUEIL
DES CONTRESEINGS** (circulaire du 1995)

Nom et coordonnées du fonctionnaire responsable du dossier Tél. :

Remplaçant éventuel Tél. :
(cocher les cases correspondantes)

N° NOR :

TITRE DU DÉCRET :

SIGNATURES

- ☐ Président de la République
☐ Premier ministre

PROCÉDURE

- ☐ Consultation du Conseil d'Etat
☐ Texte conforme à l'avis du Conseil d'Etat (*en ce cas, joindre une note*)
☐ Ce crédit a déjà été adressé au SGG le :

JOURNAL OFFICIEL

- ☐ A publier ☐ Faire des épreuves
☐ A ne pas publier
☐ Publier simultanément avec :
☐ Décrets ☐ Circulaires ☐ Arrêtés
(dans ces trois derniers cas, joindre une fiche explicative)
☐ Mentions à compléter par le SGG (*joindre une fiche*)
☐ Date J.O. souhaitée
☐ Urgence de la publication (*joindre une note explicative*)

Le ministère de à M. le ministre de (l'attention de M. le directeur du cabinet)

*Objet : procédure accélérée de recueil des contreseings
Décret relatif à (no NOR :).*

Par bordereau en date du (ci-joint en copie), mon bureau du cabinet vous a adressé le décret cité en référence pour recueil de votre contreseing.

Ce projet de texte fait l'objet :

d'une lettre d'accord de votre ministère en date du ;

d'une réunion interministérielle tenue à Matignon le .

Ce contreseing n'ayant pas été retourné à mes services et en l'absence de toute explication de ce retard par votre ministère, j'ai le regret de vous informer que j'ai transmis ce jour au secrétariat général du Gouvernement ce décret afin qu'il soit signé par le Premier ministre, conformément à la procédure accélérée définie par la circulaire du Premier ministre du 6 décembre 1995.

Vous avez donc un délai de sept jours à compter de la présente pour adresser directement au service législatif du secrétariat général du Gouvernement (57, rue de Varenne, 75700 Paris) le texte dûment contresigné par vos soins ou pour faire connaître tant au SGG qu'à moi-même les motifs précis qui s'opposeraient à une signature rapide de ce texte.

Passé ce délai, le secrétaire général du Gouvernement pourra soumettre sans autre préavis ce décret à la signature du Premier ministre et recueillir votre signature à l'occasion d'un prochain conseil des ministres.

Pour le ministre et par délégation :
Le directeur du cabinet,

ANNEXE 2

NUMERO NOR

1 - Responsabilité de l'attribution du NOR

La numérotation incombe au secrétariat général du Gouvernement qui procède lui-même, en plus de la numérotation des textes intéressant en propre les services du Premier ministre, à la numérotation des lois, des ordonnances et des textes émanant des autorités de l'Etat autres que les ministres, les secrétaires d'Etat et les établissements publics de l'Etat.

L'attribution du NOR aux autres textes officiels incombe aux services placés sous l'autorité du ministre le plus directement intéressé par l'application du texte considéré, eu égard aux dispositions des décrets d'attribution et de délégation.

Les lieux d'attribution du NOR au sein d'un même ministère ou secrétariat d'Etat peuvent être multiples. Leur nombre dépend de l'organisation interne du ministère, de la portée des textes et de leur support de publication.

Cette responsabilité pourra ainsi incomber, selon les instructions ministérielles :

- au bureau du cabinet ;
- à la direction ou au service le plus directement intéressé, eu égard aux dispositions du décret d'organisation ;
- si son importance le justifie, à la sous-direction la plus directement intéressée, eu égard aux dispositions de l'arrêté d'organisation ;
- au service du Bulletin officiel (B.O.), s'agissant des textes exclusivement publiés dans ce bulletin.

2 - Date d'affectation du NOR

Il appartient à chaque ministère d'apprécier l'opportunité de la date à laquelle un texte doit recevoir un numéro NOR. Il n'y aurait, toutefois, que des avantages à ce que la numérotation intervienne assez tôt pour qu'un texte puisse être désigné par son « NOR » au cours des étapes successives de son élaboration.

En tout état de cause, le NOR devra être attribué au plus tard :

- s'agissant des textes à publier au Journal officiel, lois et décrets, lors de la signature du texte par le membre du Gouvernement ou par délégation du membre du Gouvernement, le plus directement intéressé ;
- s'agissant des textes à publier exclusivement dans un Bulletin officiel, lors de l'envoi à l'imprimeur.

3 - Structure du NOR

Le NOR est composé de douze caractères alphanumériques :

- un code à trois lettres identifiant le ministère ou secrétariat d'Etat se trouvant à l'origine du texte. Ce code est fourni par une table de codification interministérielle dont la mise à jour est assurée par le secrétariat général du Gouvernement ;

- une lettre identifiant la direction ou le service le plus directement intéressé par le texte. Chaque ministère ou secrétariat d'Etat établit et tient à jour la liste codée de ces directions ou services. Il communique cette liste au secrétariat général du Gouvernement. Toutes les lettres de l'alphabet sont à sa disposition, à l'exclusion de la lettre X, qui est notamment réservée au secrétariat général du Gouvernement ;

- deux chiffres pour identifier l'année de la mise à la signature du texte ;

- cinq chiffres identifiant un numéro d'ordre, pris dans une séquence propre à chaque responsable de l'attribution du NOR au sein du ministère ou secrétariat d'Etat concerné. A cet effet, sauf naturellement au cas où l'attribution du NOR se fait de façon centralisée, le bureau de cabinet, en accord avec le service du Bulletin officiel, peut affecter un contingent de numéros à chaque responsable. L'utilisation de chaque contingent doit être continue. Le numéro est réinitialisé en début d'année. Il est cadré à gauche par des zéros si nécessaire. Le contingent 98 000 à 99 000 est réservé au secrétariat général du Gouvernement ;

- une lettre pour identifier la nature du texte.

Lorsqu'un texte est publié à la fois au Journal officiel et dans un Bulletin officiel, le NOR qui lui est attribué est celui qui figure au Journal officiel, lois et décrets.

ANNEXE 3

BORDEREAU D'ENVOI

(un texte seulement par bordereau)

MINISTÈRE Direction	DESTINATAIRE SECRETARIAT GENERAL DU GOUVERNEMENT Service législatif 57, rue de Varenne 75700 PARIS
--	---

le : _____

Nom et coordonnées
 du fonctionnaire responsable du dossier :
 Remplaçant éventuel :

(cocher les cases correspondantes)

<u>TITRE DU TEXTE :</u> <u>NOR :</u>	<u>SIGNATURES</u> ☐ Président de la République ☐ Premier ministre
<u>PROCÉDURE</u> ☐ Consultation du Conseil d'État ☐ Texte conforme à l'avis du Conseil d'État ☐ Texte non conforme à l'avis du Conseil d'État (dans ce cas, joindre une note) ☐ Article 37 de la Constitution ☐ Contreseing simultané ☐ Ce texte a déjà été adressé au SGG le : _____ ☐ Réunion d'arbitrage à Matignon : - tenue le : _____ - présidée par : _____	<u>JOURNAL OFFICIEL</u> ☐ À publier ☐ Faire des épreuves ☐ À ne pas publier ☐ Publier simultanément avec : • Décret • Arrêtés • Circulaires (dans ces 3 derniers cas, joindre une fiche explicative) ☐ Mention à compléter par le SGG (joindre une fiche) ☐ Date J.O. souhaitée : _____ ☐ Urgence de la publication (joindre une note explicative)
<u>PIÈCES TRANSMISES</u> ☐ Rapport de présentation et 2 copies ☐ Avis du Conseil d'État ☐ Note du Conseil d'État ☐ Note sur les divergences avec l'avis du Conseil d'État ☐ Compte-rendu de la réunion d'arbitrage à Matignon ☐ Extrait pour publication ☐ Original du texte et 4 copies ☐ Autres pièces : _____	<u>Timbre de publication</u> <u>NOM et qualité du signataire du présent bordereau</u>
<u>OBSERVATIONS :</u> 	

PARTIE RÉSERVÉE AU SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT

(ne rien inscrire dans ce cadre)

--	--

Communiquer à : _____ ☐ avec observations - Pièce(s) particulière(s) à joindre : Retour à : _____ - Motif : _____ Réclamer à : _____ Signature : - Joindre Modifier/compléter/les visas/le texte - (voir le texte) Copie pour information/transmettre/attribution : _____	Non publié J.O. le : _____ Épreuve pour le : _____ Publier avec : _____ Avant J.O. Prévenir/demander/vérifier Différer (à la demande de : _____) En reparler le : _____ Voir avec : _____
<u>OBSERVATIONS :</u>	

A N N E X E 4

PRINCIPALES PUBLICATIONS PAR EXTRAIT

Mesures nominatives.
 Approbation de budgets et de comptes financiers.
 Concours : autorisation d'ouverture, nombre de postes, répartition des postes, date des épreuves.
 Elections (fixation des dates).
 Régies d'avances et de recettes : nomination, modification des montants de l'avance, suppression.
 Approbation de la convention constitutive d'un groupement d'intérêt public.
 Approbation ou modification de statuts d'organismes divers.
 Nombre de candidats à admettre dans une école.
 Arrêtés autorisant une prise de participation dans le capital d'une société.
 Classement de centres de réception radioélectrique, d'établissements d'hospitalisation publics.
 Affectation d'immeubles, de terrains.
 Classement et déclassement de sections de routes.
 Prorogation de mandat.
 Arrêtés d'approbation de modèles de formulaires agréés par le CERFA.
 Modification aux circonscriptions administratives territoriales (création de communes).
 Délimitation de zones de préemption.
 Déclaration d'utilité publique des ouvrages d'énergie électrique, des travaux à exécuter pour la construction d'une canalisation de transport de gaz.
 Homologation de matériels de chantier (limitation du niveau sonore).
 Servitudes aéronautiques et radioélectriques.
 Homologation ou retrait de labels agricoles.

FICHE 2.1.4 PUBLICATION AU JOURNAL OFFICIEL

I. - Publication des lois et règlements.

La publication des lois ainsi que des dispositions réglementaires émanant du Gouvernement ou des ministres est centralisée dans le Journal officiel de la République française. La publication des dispositions d'ordre réglementaire prises par les autorités déconcentrées ou décentralisées est réalisée par des voies propres à ces autorités (voir le code général des collectivités territoriales). Par ailleurs, il résulte de la jurisprudence que l'entrée en vigueur des actes administratifs est subordonnée à une publicité adéquate (voir pour le règlement administratif d'une fédération sportive, CE, Section 12 juillet 1991 ministre de la jeunesse et des sports).

La publication au Journal officiel remplit deux fonctions :

- elle porte les textes à la connaissance de l'administration et du public ;
- elle rend ces textes opposables.

La publication des lois et des règlements au Journal officiel de la République française est donc nécessaire pour qu'une disposition législative ou réglementaire produise un effet juridique.

Les règles gouvernant les modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs résultent de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 qui a notamment modifié l'article 1er du code civil et abrogé le décret-loi du 5 novembre 1870.

Cette ordonnance prévoit que la publication des lois, ordonnances, décrets et, lorsqu'une loi ou un décret le prévoit, des autres actes administratifs est assurée, le même jour, dans des conditions de nature à garantir leur authenticité, sur papier et sous forme électronique. Le décret n° 2004-617 du 29 juin 2004 relatif aux modalités et effets de la publication sous forme électronique de certains actes administratifs au Journal officiel de la République française (article 1er) a défini les catégories d'actes administratifs dont, eu égard à leur nature, à leur portée, et aux personnes auxquelles ils s'appliquent, la publication au Journal officiel sous forme électronique suffit à assurer l'entrée en vigueur.

Il s'agit :

1° des actes réglementaires, autres que les ordonnances, qui sont relatifs à l'organisation administrative de l'Etat ;

2° des actes réglementaires, autres que les ordonnances, relatifs aux fonctionnaires et agents publics, aux magistrats et aux militaires ;

3° des actes réglementaires, autres que les ordonnances, relatifs au budget de l'Etat, notamment les décrets et arrêtés portant répartition, ouverture, annulation, virement ou transfert de crédits, ceux relatifs aux fonds de concours, aux postes comptables du Trésor public et aux régies d'avances, ainsi que les instructions budgétaires et comptables ;

4° des décisions individuelles prises par le ministre chargé de l'économie dans le domaine de la concurrence ;

5° des actes réglementaires des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale, autres que ceux qui intéressent la généralité des citoyens.

Les décisions individuelles et l'ensemble des autres actes dépourvus de valeur réglementaire dont une loi ou un décret prévoit la publication au Journal officiel font exclusivement l'objet d'une publication sous forme électronique, lorsqu'ils relèvent de l'une des matières énumérées aux 1° à 3° ou émanent de l'une des autorités mentionnées au 5°. (article 2 du décret).

A l'inverse, certaines catégories d'actes individuels définis par le décret n° 2004-459 du 28 mai 2004 pris pour l'application de l'ordonnance du 20 février 2004 ne peuvent faire l'objet d'une publication sous forme électronique au Journal officiel de la République française

Sauf en ce qui concerne les informations parlementaires, dont chaque assemblée conserve la maîtrise, les demandes de publication de textes dans l'édition « Lois et décrets » du Journal officiel doivent impérativement être adressées au service législatif du secrétariat général du Gouvernement et ce dans des formes et selon une procédure particulières (signatures et contreseings). Les textes doivent être expédiés au secrétariat général du Gouvernement à l'attention du service législatif par le chef du bureau du cabinet et lui seul. Les mentions réclamant une publication urgente doivent toujours être motivées.

Toute transmission directe à la Direction des Journaux officiels d'un texte en vue de son insertion dans l'édition « Lois et décrets » du Journal officiel restera sans effet et ne pourra qu'engendrer un retard inutile dans la publication du texte concerné.

En application de l'article 1er du code civil, dans sa nouvelle rédaction, « les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication ». Ainsi, à la différence du régime antérieur, la date d'entrée en vigueur d'un texte est, sauf disposition contraire, la même sur l'ensemble du territoire.

En application du deuxième alinéa de l'article 1er du code civil, peut être décidée en cas d'urgence, l'entrée en vigueur dès leur publication des lois dont le décret de promulgation le prescrit et des actes administratifs (non individuels) pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.

L'usage de cette procédure doit être réservé au cas de nécessité absolue.

Avec l'accord du secrétariat général du Gouvernement, les décrets, dans ce cas, sont complétés comme suit :

- dans les visas : « *Vu le code civil, notamment son article 1er ;* » et « *Vu l'urgence,* »

- dans l'article d'exécution, on complète ainsi la formule : « *, qui sera publié au Journal officiel de la République française et entrera immédiatement en vigueur* ».

L'entrée en vigueur immédiate d'un arrêté ne pouvant elle-même être décidée que par « le Gouvernement », il est nécessaire, dans ce cas, de préparer un décret, qui ne requiert aucun contreseing, sur le modèle suivant :

**« Décret n° du relatif à l'entrée en vigueur d'un arrêté
NOR :**

*Le Premier ministre,
Vu le code civil, notamment son article 1er ;
Vu l'urgence,*

Décrète :

Article 1

Entre en vigueur immédiatement à compter de sa publication au Journal officiel de la République française l'arrêté du

Article 2

Le présent décret sera publié au Journal officiel de la République française et entrera en vigueur immédiatement. »

Lorsqu'il est nécessaire de prévoir l'entrée en vigueur immédiate de plusieurs textes ou types de textes, le modèle suivant (voir le décret n° 2004-1532 du 31 décembre 2004 relatif à l'entrée en vigueur de décrets et arrêtés) doit être retenu :

**« Décret n° du relatif à l'entrée en vigueur de décrets et d'arrêtés
NOR :**

*Le Premier ministre,
Vu le code civil, notamment son article 1er ;
Vu l'urgence,*

**Décrète :
Article 1**

Entrent en vigueur immédiatement à compter de leur publication au Journal officiel de la République française les dispositions :

*1° du décret n° du relatif à ;
2° de l'arrêté du portant ;
etc...*

Article 2

Le présent décret sera publié au Journal officiel de la République française et entrera en vigueur immédiatement. »

II. - Publication des décisions individuelles

Un certain nombre de décisions individuelles font l'objet d'une publication. C'est le cas, notamment, des décrets de nomination.

Il n'en reste pas moins qu'à la différence des règlements, les actes individuels prennent effet dès leur signature, dès lors tout au moins qu'ils sont favorables à leurs destinataires. Il en va ainsi, par exemple, des décisions de nomination des fonctionnaires (C.E. sect., 19 décembre 1952, Dlle Mattéi) ou des nominations et promotions dans l'ordre de la Légion d'honneur (C.E., Ass., 14 mai 1954, Clavel).

En revanche, le délai dont disposent les tiers pour se pourvoir au contentieux ne court qu'à compter de la publication.

FICHE 2.1.5

PUBLICATION AU(X) BULLETIN(S) OFFICIEL(S)

I. - Obligation de publication de certains documents.

La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public modifiée en dernier lieu par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 crée une obligation de publication des documents qu'elle mentionne.

L'article 7 de cette loi comporte, en effet, les dispositions suivantes :

« Font l'objet d'une publication les directives, les instructions, les circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives.

Les administrations mentionnées à l'article 1er peuvent en outre rendre publics les autres documents administratifs qu'elles élaborent ou détiennent.»

L'article 29 du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005, pris pour l'application de cet article 7, prévoit la création pour chaque administration centrale de l'Etat d'un Bulletin officiel ayant une périodicité au moins trimestrielle. Il est admis que plusieurs ministères peuvent s'associer pour publier un Bulletin officiel commun. On peut accéder aux différents bulletins officiels sur le site Légifrance. Les articles 30 à 32 de ce décret fixent les règles de publication des actes des autorités déconcentrées, des collectivités territoriales et des autres personnes de droit public.

II. - Entrée en vigueur des textes.

La publication d'un texte dans un recueil, même officiel, d'un ministère, autre que le Journal officiel, ne fait pas entrer ce texte en vigueur à l'égard des personnes extérieures à ce ministère.

Cependant, lorsqu'il s'agit d'un texte qui ne peut intéresser qu'une catégorie restreinte d'administrés, la publication au Bulletin officiel peut suffire pourvu que les intéressés en soient informés (voir notamment CE, 15 novembre 1987, Vesque, Rec. p. 692, à propos du Bulletin officiel des PTT et 26 mai 1995 Boulassier pour le B.O du ministère de l'éducation nationale). En outre, dans le cas particulier des délégations de signature accordées par les dirigeants d'un établissement public, la publication de l'acte de délégation au bulletin officiel du ministère dont relève l'établissement est regardée comme suffisante (CE 23 juillet 2003 CLL Pharma).

L'article 5-1 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs a prévu que *« la publication des actes et documents administratifs au bulletin officiel d'un ministère diffusé sous forme électronique dans des conditions garantissant sa fiabilité produit les mêmes effets de droit que leur publication sous forme imprimée. »*

FICHE 2.2.1
PROJETS DE LOI
LE TRAVAIL ET LES DISCUSSIONS
INTRA ET INTERMINISTERIELS

L'élaboration d'un projet de loi doit être le fruit d'un travail tant ministériel qu'interministériel, de façon à :

- s'assurer que le projet répond à une nécessité juridique et que le but qu'il poursuit ne peut pas être atteint par d'autres moyens que la modification des dispositions législatives en vigueur ; à cet effet, les discussions qui sont menées doivent avoir pour support, dans une première phase, une étude d'option recensant les différentes possibilités (v. *fiche 1.1.1 – questions préalables*) ;

- régler les éventuels différends internes au ministère sur tel ou tel aspect du projet ; dans le cas de projets importants concernant plusieurs directions, il est souhaitable qu'un agent soit désigné pour coordonner les travaux du ministère et, le cas échéant, être l'interlocuteur unique des autres ministères et du secrétariat général du Gouvernement ;

- faire ressortir clairement les points d'accord et de désaccord de l'ensemble des ministères intéressés.

Ce travail doit être mené en premier lieu dans la perspective de la réunion de programmation du projet de loi placée sous la présidence du cabinet du Premier ministre et du secrétaire général du Gouvernement et qui a pour objet de vérifier l'opportunité politique et la nécessité juridique du projet et de décider s'il est nécessaire de procéder à une étude d'impact, la forme que celle-ci doit prendre et les conditions dans lesquelles elle doit être réalisée. Il doit évidemment être poursuivi et approfondi si la décision est prise de programmer le projet.

Sauf cas particuliers, les discussions interministérielles doivent être engagées à l'initiative du ministère pilote et donner lieu à des réunions bi ou multilatérales avec les autres ministères avant que ne soient organisées, le cas échéant, des réunions ou comités interministériels. Ceux-ci n'ont en effet vocation qu'à trancher des désaccords, entériner des accords et prendre des décisions sur la base des résultats de ces discussions préalables.

On doit veiller à une association systématique à ces discussions :

- du ministère de la justice, dans l'hypothèse où le projet contient des sanctions pénales ;

- du ministère de l'outre-mer si le projet prévoit des dispositions particulières à l'outre-mer ainsi que dans l'hypothèse où une extension ou adaptation de ce projet doit être envisagée à court ou moyen terme ;

- du ministère chargé du budget si le projet a un impact financier.

Plus généralement doit être associé tout ministère qui peut être intéressé par le projet soit en raison de la matière qu'il traite (par exemple le ministère de la justice pour les projets concernant le droit privé), des catégories de personnes qu'il affecte (par exemple le ministère de l'intérieur pour les collectivités territoriales) ou des textes qu'il modifie (le ministère responsable d'un code pour des modifications de celui-ci).

Ces discussions doivent porter sur le projet de loi mais également sur le contenu des principaux décrets nécessaires à son application qui doivent, dans la mesure du possible, être élaborés simultanément.

FICHE 2.2.2

PROJETS DE LOI

LA CONSULTATION DU CONSEIL D'ETAT

I. - Saisine

Il revient au secrétariat général du Gouvernement de saisir le Conseil d'Etat des projets de loi. La saisine doit intervenir, sauf exception, au moins quatre semaines avant la date envisagée pour l'inscription du projet de loi au conseil des ministres.

Le ministre qui a l'initiative du projet le transmet au secrétariat général du Gouvernement, en joignant à l'envoi :

- l'exposé des motifs, complété, quand il y a lieu, par l'étude d'impact ;
- la liste des décrets d'application rendus nécessaires par le projet de loi et le calendrier prévisionnel de publication de ces décrets ;
- dans l'hypothèse, la plus fréquente, d'un projet modifiant un texte existant, un tableau en deux colonnes faisant apparaître le ou les textes modifiés dans leur version en vigueur et dans leur version résultant du projet ;
- le cas échéant, les avis des organismes dont la consultation est requise ; l'envoi du texte au Conseil d'Etat ne pourra intervenir si les avis préalables obligatoires n'ont pas été obtenus. A tout le moins, le ministère doit justifier qu'ils ont été sollicités en temps utile ;
- le cas échéant, la liste des directives européennes que le texte a pour objet de transposer avec leurs références précises ;
- la liste des ministres et secrétaires d'Etat intéressés ;
- le nom, la qualité, l'adresse postale, l'adresse électronique et le numéro de téléphone des fonctionnaires susceptibles d'être désignés en qualité de commissaire du Gouvernement au Conseil d'Etat.

Le texte adressé au Conseil d'Etat est imprimé sur du papier de couleur rose qui fait seul foi dans la procédure de consultation. Si, pour des raisons de commodité les secrétariats des sections administratives ou les rapporteurs pressentis peuvent être destinataires de projets (texte initial, saisines rectificatives ou complémentaires) par voie électronique, seul fait foi, à ce jour, ce texte imprimé. Il est diffusé à tous les membres du Gouvernement intéressés par les soins du secrétariat général du Gouvernement.

II. - Procédure devant le Conseil d'Etat

Outre les indications générales données par ailleurs (*voir fiche 2.1.1 – le rôle du SGG et du Conseil d'Etat dans la procédure d'élaboration des textes*), il convient de préciser que :

- toute modification du projet ne se limitant pas à la rédaction de celui-ci doit prendre la forme d'une saisine rectificative par les soins du secrétariat général du Gouvernement ; à titre exceptionnel, s'agissant de modifications de portée limitée par leur ampleur et leur portée, la saisine peut prendre la forme de propositions émises en séance par le représentant du secrétariat général du Gouvernement ; il a été ainsi jugé qu'un amendement (à un projet de décret), présenté verbalement en séance par le Gouvernement lors de l'examen pour avis par le Conseil d'Etat, est régulièrement soumis au Conseil d'Etat. (CE, 18 janvier 1991 Société Multypromotion) ;

- si des échanges portant sur la rédaction du texte ou tout élément susceptible de l'affecter ont lieu entre le ou les rapporteurs et les commissaires du Gouvernement en dehors des réunions de travail organisées à cet effet, le représentant du secrétariat général du Gouvernement doit en être informé.

L'avis du Conseil d'Etat est transmis au secrétariat général du Gouvernement qui le diffuse, sur du papier de couleur verte, à tous les membres du Gouvernement intéressés.

Les avis et délibérations du Conseil d'Etat sont destinés au seul Gouvernement, ou dans le cas des lois de pays, aux autorités mentionnées à l'article L. 112-6 du code de justice administrative. Cette règle a été consacrée par l'article 1er de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public qui exclut les avis du Conseil d'Etat des documents administratifs communicables. Sauf si le Premier ministre en décide autrement, les avis sur les projets de textes ne doivent faire l'objet d'aucune divulgation.

Cette règle doit être strictement respectée par les commissaires du Gouvernement et les autres personnes informées de la teneur des avis.

FICHE 2.2.3**PROJETS DE LOI*****MISE AU POINT DU TEXTE
ET DELIBERATION DU CONSEIL DES MINISTRES*****I. - Mise au point du texte**

Une fois l'avis du Conseil d'Etat rendu, une réunion, co-présidée par le secrétaire général du Gouvernement et le membre compétent du cabinet du Premier ministre est organisée pour arrêter le texte définitif du projet préalablement à son inscription à l'ordre du jour du conseil des ministres. Le Gouvernement n'étant pas lié par l'avis, même si cet avis est le plus souvent suivi, il est possible de retenir en tout ou partie le texte qui lui a été soumis. En outre, il n'est pas interdit que le projet de loi, tel qu'il sera soumis au conseil des ministres, présente des différences tant par rapport au texte initialement soumis au Conseil d'Etat que par rapport au texte délibéré par ce dernier.

Toutefois, l'exigence d'un avis du Conseil d'Etat, qui résulte de l'article 39 de la Constitution, impose que l'ensemble des questions posées par le texte aient été soumises au Conseil d'Etat. Il est donc exclu que le projet comporte une disposition posant une question nouvelle. Le Conseil constitutionnel veille au respect de cette exigence : par une décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, il a censuré pour ce motif une disposition d'une loi votée, issue du projet adopté en conseil des ministres ; en l'espèce, le projet présenté au Parlement prévoyait, pour l'accès au second tour des élections régionales, un seuil égal à 10 % du nombre des électeurs inscrits, alors que le Conseil d'Etat avait été saisi d'un texte prévoyant un seuil de 10 % des suffrages exprimés ; le Conseil constitutionnel a estimé que cette évolution du texte revêtait une portée telle qu'elle soulevait une question nouvelle.

Le texte définitif, précédé d'une page de garde de couleur bleue, est diffusé à tous les membres du Gouvernement par les soins du secrétariat général du Gouvernement. Il fait seul foi.

II. - Délibération du conseil des ministres

L'inscription du projet de loi à l'ordre du jour du conseil des ministres est décidée par le Président de la République. Elle intervient dans le cadre du programme de travail du Gouvernement qui fait l'objet d'un examen semestriel et d'une programmation de l'ordre du jour du conseil des ministres sur 5 à 6 semaines qui est actualisée chaque semaine.

FICHE 2.2.4

PROJETS DE LOI

PROCEDURE PARLEMENTAIRE

I. Présentation et adoption des projets de loi

A. Rôle du secrétariat général du Gouvernement

Le titre V de la Constitution, qui traite des rapports entre le Parlement et le Gouvernement, fixe les règles à suivre pour soumettre au vote des assemblées parlementaires les projets et propositions de loi.

En ce qui concerne les projets de loi, la mise en œuvre de la procédure législative ainsi que l'accomplissement des formalités nécessaires au déroulement de cette procédure relèvent du Premier ministre et, par conséquent, du secrétariat général du Gouvernement.

Pour faire progresser la procédure, le secrétariat général du Gouvernement est amené à établir et à notifier aux assemblées un certain nombre d'actes, mentionnés dans les développements qui suivent. Certains s'imposent dans tous les cas. D'autres sont laissés à la décision du Premier ministre.

B. Décret de présentation des projets de loi

Tout projet de loi déposé est accompagné d'un « décret de présentation » au Parlement, qui indique les organes qui ont délibéré (Conseil économique et social, Conseil d'Etat, conseil des ministres), et qui désigne l'assemblée devant laquelle le texte sera déposé en premier lieu ainsi que le ou les ministres qui en soutiendront la discussion. Le décret de présentation, qui est préparé par le secrétariat général du Gouvernement, est contresigné par le ou les ministres chargés de soutenir la discussion de la loi. Les signatures et les contreseings de ce décret sont recueillis par les soins du secrétariat général du Gouvernement.

C. Dépôt

Le projet de loi qui accompagne le décret de présentation est adressé par le secrétariat général du Gouvernement, sous bordereau, au service de la séance de l'assemblée devant laquelle le dépôt doit être effectué. L'Assemblée nationale est saisie en premier des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale. Les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales et les projets de loi relatifs aux instances représentatives des Français établis hors de France doivent être soumis en premier lieu au Sénat. Les textes sont annoncés en séance, imprimés et distribués.

Le dépôt d'un projet de loi comporte deux effets :

- Il fait courir, dans certains cas, des délais (art. 46, 47 et 47-1 de la Constitution) ;
- Le texte déposé ne peut être modifié que suivant la procédure de la « lettre rectificative » (voir 4) ou par voie d'amendement (voir 8) lors de la discussion parlementaire.

D. Lettre rectificative

La lettre rectificative permet au Gouvernement de modifier le texte d'un projet de loi déjà déposé devant le Parlement, sans avoir pour autant recours au droit d'amendement. (Conseil constitutionnel, décision n° 78-100 DC du 29 décembre 1978). L'usage des lettres rectificatives est coutumier et doit rester exceptionnel.

La lettre rectificative obéit aux prescriptions relatives aux projets de loi de l'article 39 de la Constitution ; elle est soumise au Conseil d'État, puis au conseil des ministres, comme un projet de loi ordinaire. La procédure suivie devant l'assemblée saisie est également la procédure applicable en matière de projet de loi (impression, distribution, renvoi en commission, établissement d'un rapport).

La lettre rectificative peut être déposée jusqu'au terme de la première lecture devant la première assemblée saisie. Elle ne peut cependant remettre en cause des articles déjà votés, ce qui relève de la seconde délibération.

E. Commissions

Tout texte déposé est imprimé, distribué et renvoyé à l'examen de la commission permanente compétente (art. 83 du règlement de l'Assemblée nationale ; art. 24 du règlement du Sénat), à moins que le Premier ministre ou l'assemblée saisie n'ait demandé qu'il soit examiné par une commission spéciale (art. 31 et 32 du règlement de l'Assemblée nationale ; art. 16 et 17 du règlement du Sénat). La constitution d'une commission spéciale est cependant exclue pour l'examen du projet de loi de finances de l'année qui doit être obligatoirement confié à la commission chargée des finances de chaque assemblée en vertu de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (art. 39 de la LOLF).

A l'Assemblée nationale, la compétence de chacune des commissions permanentes est fixée par le règlement (art. 36) ; au Sénat, le règlement ne comporte pas d'indication.

Une commission permanente peut se saisir pour avis de tout ou partie d'un projet ou d'une proposition ou d'un crédit budgétaire renvoyé à une autre commission permanente (art. 87 du règlement de l'Assemblée nationale et art. 17 du règlement du Sénat).

Chaque commission est maîtresse de ses travaux. Elle désigne un rapporteur sur le rapport duquel elle se prononce.

C'est aux ministres qu'il appartient de présenter, d'expliquer et de défendre les textes du Gouvernement. Les fonctionnaires ne doivent donc pas, en principe, se trouver seuls devant les commissions pour répondre aux questions des parlementaires.

F. Ordre du jour

Le premier alinéa de l'article 48 de la Constitution dispose que : " Sans préjudice de l'application des trois derniers alinéas de l'article 28, l'ordre du jour des assemblées comporte, par priorité et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, la discussion des projets de loi déposés par le Gouvernement et des propositions de loi acceptées par lui ".

Le Gouvernement communique au Président de l'assemblée saisie les textes dont il demande la discussion et l'ordre dans lequel il souhaite que celle-ci se déroule. Cette communication peut être faite en conférence des présidents, sans qu'il y ait là une obligation pour le Gouvernement (Conseil constitutionnel, décision n° 81-129 DC des 30 et 31 octobre 1981). La communication de

l'ordre du jour prioritaire s'effectue, le plus généralement, par une lettre du ministre chargé des relations avec le Parlement.

Le ministre présent dans l'hémicycle est habilité à faire connaître oralement des modifications dans l'ordre du jour : ces demandes, qui doivent avoir reçu l'accord du ministre chargé des relations avec le Parlement, prennent effet immédiatement.

Le dernier alinéa de l'article 48 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995, dispose qu'une séance par mois est réservée par priorité à l'ordre du jour fixé par chaque assemblée.

L'ordre du jour complémentaire est fixé par chaque assemblée sur proposition de la conférence des présidents. Il peut porter sur des questions, des débats divers, des propositions de résolution ou de loi voire même des projets de loi. Il ne bénéficie d'aucune priorité.

G. Discussion en séance et vote

Le premier alinéa de l'article 42 de la Constitution dispose que : " La discussion des projets de loi porte, devant la première assemblée saisie, sur le texte présenté par le Gouvernement ". Le Gouvernement peut ouvrir la discussion ou intervenir après le rapporteur. Le Gouvernement est entendu quand il le demande (art. 31 de la Constitution).

La discussion en séance publique comporte deux phases : la discussion générale et l'examen des articles. La discussion générale est essentiellement une phase de présentation du texte. Le président de séance, après avoir appelé le texte à l'ordre du jour, donne la parole au Gouvernement représenté par un ministre puis au rapporteur de la commission. Les parlementaires qui souhaitent s'exprimer interviennent ensuite. Dans cette phase d'examen peut s'intercaler la discussion de motions de procédure (exception d'irrecevabilité, question préalable, motion de renvoi en commission), dont l'adoption, d'ailleurs exceptionnelle, a pour effet d'entraîner le rejet du texte ou la suspension du débat avant même que s'engage l'examen de ses dispositions.

L'examen des articles porte successivement sur chacun d'eux.

Les amendements sont mis en discussion après la discussion de l'article auquel ils se rapportent et mis aux voix avant le vote sur cet article (art. 100 du règlement de l'Assemblée nationale ; art. 49 du règlement du Sénat).

L'ordre d'examen des articles peut être modifié à la suite de demandes de priorité ou de réserve (art. 95 du règlement de l'Assemblée nationale ; art. 44 du règlement du Sénat).

Après le vote par article, il est procédé à un vote sur l'ensemble du texte, sauf si le texte ne comporte qu'un article. Les votes sont acquis à la majorité absolue des suffrages exprimés de sorte que le partage des voix aboutit au rejet. Les votes s'expriment soit à main levée, soit par assis et levé, soit par scrutin public ordinaire ou à la tribune (art. 63 du règlement de l'Assemblée nationale ; art. 53 du règlement du Sénat). Le vote par scrutin public ordinaire est de droit à la demande du Gouvernement.

On doit observer que le vote peut être effectué par division d'un article lorsque sa complexité l'impose (art. 63 du règlement de l'Assemblée nationale ; art. 42 du règlement du Sénat).

Avant le commencement des explications de vote sur l'ensemble d'un texte, l'assemblée saisie peut décider, à la demande du Gouvernement ou d'un parlementaire, qu'il sera procédé à une seconde délibération sur tout ou partie du texte. A l'assemblée nationale, la seconde

délibération est de droit à la demande du Gouvernement (article 101 du règlement de l'Assemblée Nationale ; 43 (4°) du règlement du Sénat).

H. Amendements : forme et contenu

Le premier alinéa de l'article 44 de la Constitution dispose que : “ Les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement ”.

Les amendements ont pour objet de modifier un texte soumis à la délibération d'une assemblée. Ainsi, ils portent suppression, nouvelle rédaction, substitution ou insertion. Ils peuvent également introduire des articles additionnels.

Un amendement ne peut porter que sur un seul article. Si les modifications envisagées portent sur plusieurs articles, il convient de déposer autant d'amendements qu'il y a d'articles. Par ailleurs, lorsque plusieurs modifications d'un même article sont envisagées, sauf si elles sont de pure conséquence, il est préférable de déposer plusieurs amendements.

Les amendements doivent être déposés au service de la séance.

Afin de faciliter le traitement des amendements, il est recommandé de faire figurer sur le projet d'amendement les mentions suivantes :

- le titre du texte et, si possible, son numéro d'impression ;
- l'indication de l'article concerné ;
- le dispositif de l'amendement ;
- un exposé des motifs sauf lorsque l'objet de l'amendement se déduit de son texte même ; dans ce cas, il sera indiqué : “ Cet amendement se justifie par son texte même ”.

Le règlement de chacune des assemblées détermine les délais dans lesquels des amendements peuvent être déposés (art. 99 du règlement de l'Assemblée nationale ; art. 50 du règlement du Sénat). Le Gouvernement peut toutefois déposer des amendements à tous les stades de la procédure.

Les amendements sont signés par leur auteur.

Les sous-amendements portent sur des amendements déposés sans en contredire le sens.

I. Recevabilité des amendements (voir annexe ci-après)

J. Information du secrétariat général du Gouvernement sur les amendements

Il appartient au ministère concerné de tenir informé le secrétariat général du Gouvernement des amendements susceptibles de poser, tant par leur contenu que par le lien qui les rattache aux dispositions initiales, des questions de constitutionnalité, afin que puissent être organisées en tant que de besoin des réunions interministérielles de mise au point. Cette précaution vaut tant pour les amendements adoptés en commission que pour les amendements déposés et adoptés en séance.

K. Vote bloqué

Le 3^{ème} alinéa de l'article 44 de la Constitution dispose que : “ Si le Gouvernement le demande, l'assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement ”.

La demande est faite par le Gouvernement en cours de discussion. Le Gouvernement peut demander qu'il soit émis un seul vote portant, par exemple, sur un article ou une division d'article avec les amendements proposés ou acceptés par lui et sur l'ensemble du texte. Le vote bloqué peut intervenir à tout moment de la discussion, même si certains articles ont déjà été votés.

Le texte ainsi mis aux voix peut différer du texte adopté sur ces articles déjà votés.

Mais le vote bloqué ne peut pas faire obstacle à la discussion de chacune des dispositions du texte soumis au vote (décision n° 59-5 DC du 15 janvier 1960).

L. Article 49, 3ème alinéa, de la Constitution

En vertu de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution, " le Premier ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un texte. Dans ce cas, ce texte est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent ".

L'initiative de la procédure, comme la décision finale, appartiennent au Premier ministre. La seule condition posée pour permettre l'engagement de responsabilité du Gouvernement est la délibération préalable du conseil des ministres.

La délibération peut avoir lieu en même temps que l'approbation du projet de loi qui sera soumis à cette procédure. Elle peut donc être antérieure au dépôt.

Une seule délibération du conseil des ministres sur l'engagement de responsabilité autorise plusieurs engagements de responsabilité au cours des phases ultérieures de la procédure (décision du Conseil constitutionnel n° 89-268 DC du 29 décembre 1989).

M. Article 45 de la Constitution

Le premier alinéa de l'article 45 de la Constitution dispose que : " Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique ". Ces échanges entre les deux assemblées s'appellent les navettes.

Les projets adoptés en première lecture par une assemblée sont transmis à l'autre par le Premier ministre (secrétariat général du Gouvernement).

Après transmission, trois hypothèses se rencontrent :

- L'assemblée nouvellement saisie adopte un texte conforme à celui qui lui a été transmis ; le texte est adopté définitivement et transmis au Premier ministre aux fins de mise en œuvre de la procédure de promulgation ;

- L'assemblée modifie le texte adopté ; cette nouvelle rédaction est retournée par le Premier ministre (secrétariat général du Gouvernement) à la première assemblée saisie qui en délibère à son tour en deuxième lecture. Il résulte des règlements des assemblées que seules les dispositions sur lesquelles subsistent des divergences font l'objet d'une discussion, tandis que celles qui ont été adoptées dans des termes identiques par les assemblées sont définitivement acquises.

Pour les conditions dans lesquelles s'exerce le droit d'amendement après la réunion de la commission mixte paritaire, voir supra.

L'unité de discussion étant l'article, un article reste en discussion tant qu'il n'a pas été adopté de façon identique, mot pour mot, par les deux assemblées, chaque assemblée procédant toutefois à un vote sur l'ensemble du texte ;

- L'assemblée saisie rejette le texte. Le Premier ministre en avise la première assemblée saisie, qui délibère à nouveau, à moins qu'il n'ait été fait application de la procédure d'urgence.

N. Procédure d'urgence

Si le Gouvernement estime qu'un texte doit être voté rapidement, il peut, par lettre du Premier ministre, en déclarer l'urgence, ce qui lui permet de demander la réunion d'une commission mixte paritaire après une seule lecture du texte par chacune des assemblées.

Le Gouvernement ne peut pas déclarer l'urgence après la clôture de la discussion générale devant la première assemblée saisie (art. 102 du règlement de l'Assemblée nationale). Cette restriction, bien que non prévue par la Constitution, est logique puisqu'elle assure que les assemblées sont averties qu'il n'y aura pas de navettes avant que ne s'ouvre la discussion des articles.

O. Commission mixte paritaire et “ dernier mot ”

L'article 45, 2ème alinéa, de la Constitution dispose que : “ Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque assemblée ou, si le Gouvernement a déclaré l'urgence, après une seule lecture par chacune d'entre elles, le Premier ministre a la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion ”.

La commission mixte paritaire est composée à égalité de députés et de sénateurs dont le nombre a été fixé à sept pour chacune des deux assemblées.

Le Gouvernement n'est pas représenté à la commission mixte paritaire.

Par sa décision n° 81-130 DC du 30 octobre 1981, le Conseil constitutionnel a jugé qu'une commission mixte paritaire pouvait valablement être réunie en dehors des périodes de session. Cette solution paraît pouvoir être maintenue malgré la mise en place du régime de session unique.

La commission mixte a pour objet de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion, c'est-à-dire celles qui n'ont pas été adoptées dans les mêmes termes par l'une ou l'autre des assemblées. Elle ne peut adopter d'articles additionnels (Conseil constitutionnel, décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004).

Le mandat de la commission mixte paritaire cesse avec ses travaux. Elle n'a pas à se prononcer sur les amendements qui pourraient être présentés par la suite.

Lorsqu'un texte a été élaboré par la commission mixte paritaire, le Gouvernement peut, en application du troisième alinéa de l'article 45 de la Constitution, le soumettre pour approbation aux deux assemblées. Cette transmission est effectuée par le Premier ministre (secrétariat général du Gouvernement). Aucun amendement n'est recevable sauf accord du Gouvernement.

Par sa décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, le Conseil constitutionnel a jugé que lorsque la commission mixte paritaire ne s'accordait ni sur la rédaction ni sur la suppression d'une des dispositions restant en discussion, elle devait être regardée comme n'étant pas parvenue, au sens de l'article 45, alinéa 4 de la Constitution, à l'adoption d'un texte commun et, qu'en conséquence, le président de la commission mixte paritaire pouvait conclure à l'échec de celle-ci pour l'ensemble des dispositions restant en discussion.

Seuls certains amendements sont susceptibles d'être adoptés après la réunion de la commission mixte paritaire (voir supra).

En cas d'échec de la commission mixte paritaire ou si le texte élaboré par elle n'est pas adopté dans les conditions de l'article 45, 3ème alinéa, de la Constitution, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et le Sénat, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement (art. 45, 4ème alinéa, de la Constitution). Cette demande est faite par le Premier ministre. Si le texte comporte des dispositions à caractère organique, l'Assemblée nationale doit, en application de l'article 46 de la Constitution, se prononcer à la majorité absolue de ses membres (Conseil constitutionnel, décision n° 89-263 DC du 11 janvier 1990).

Il faut noter que, en cas de « dernier mot » donné à l'Assemblée nationale, aucun amendement nouveau n'est recevable, y compris de la part du Gouvernement. L'Assemblée nationale statue soit sur le texte établi par la commission mixte paritaire, s'il y en a un, soit sur le texte qu'elle a adopté au cours de la nouvelle lecture. Dans ce dernier cas, elle ne peut adopter d'autres amendements que ceux adoptés par le Sénat lors de sa nouvelle lecture.

La procédure du « dernier mot » n'est pas applicable aux lois constitutionnelles ou aux lois organiques devant être adoptées dans les mêmes termes par les deux assemblées (lois organiques relatives au Sénat, c'est-à-dire, selon la définition jurisprudentielle, « *qui ont pour objet de poser, de modifier ou d'abroger des règles concernant le Sénat ou qui, sans se donner cet objet à titre principal, n'ont pas moins pour effet de poser, de modifier ou d'abroger des règles le concernant* » ; lois organiques relatives au droit de vote et à l'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales).

Toutefois, la seule circonstance qu'un texte ait contenu, à un moment de sa discussion, des dispositions organiques relatives au Sénat, n'interdit pas de donner le dernier mot à l'Assemblée nationale, dès lors que la loi finalement adoptée ne comporte plus de telles dispositions (Conseil constitutionnel, décision n° 2001-444 DC du 9 mai 2001).

Pour les textes auxquels la procédure du dernier mot n'est pas applicable, il n'est pas possible de convoquer une commission mixte paritaire.

II. Règles à observer pour l'établissement de décrets portant nomination de commissaires du Gouvernement auprès du Parlement

A. Décrets collectifs

Afin d'éviter la multiplication des signatures par le Premier ministre et dans un souci d'efficacité et de rapidité, il est indispensable de regrouper en un décret collectif toutes les personnes désignées en qualité de commissaire du Gouvernement pour assister le ministre lors du débat d'un même texte.

B. Signature

Les décrets portant nomination de commissaires du Gouvernement doivent être contresignés par le ministre.

C. Ampliations

Afin de permettre la délivrance d'ampliations, il est nécessaire d'adresser au secrétariat général du Gouvernement (service législatif), au plus tard quarante-huit heures avant l'ouverture de la séance, outre l'original du décret, autant de copies que de personnes désignées, plus une destinée à être transmise par le ministère à l'assemblée intéressée.

D. Durée de validité

Les décrets portant nomination de commissaires du Gouvernement conservent leur validité pendant toute la durée des débats pour lesquels ils ont été établis, même dans le cas de lectures successives.

En conséquence, il n'y a pas lieu de délivrer d'autres décrets à l'occasion d'éventuelles nouvelles lectures devant une même assemblée.

Les personnes désignées en qualité de commissaire du Gouvernement doivent donc être invitées à conserver leur ampliation jusqu'à la fin des débats.

III. Dépôt des rapports d'information destinés au Parlement

Différentes dispositions font obligation au Gouvernement d'assurer l'information du Parlement par le dépôt de documents et de rapports d'information. Le respect de ces obligations, notamment de délai, constitue une condition importante du bon fonctionnement des relations entre le Gouvernement et le Parlement.

A. Documents accompagnant le dépôt de certains projets de loi

Lorsque des documents et des rapports d'information sont joints à des projets de loi, en particulier de loi de finances, qu'ils y soient annexés ou qu'il soient déposés à leur appui, il appartient au ministère qui en est principalement responsable d'en assurer la préparation dans des délais tels que leur dépôt au Parlement puisse se faire en même temps que celui du projet de texte.

En particulier, les documents joints aux projets de loi de finances sont préparés à l'initiative du ministère de l'économie et des finances qui s'assure, le cas échéant, de la contribution des ministères concernés. Les documents joints aux projets de loi de financement de la sécurité sociale sont, quant à eux, préparés par le ministère chargé de la sécurité sociale.

B. Autres rapports et documents

Diverses lois ont prévu la présentation, par les soins du Gouvernement, de rapports destinés à assurer l'information du Parlement sur certaines des questions dont traite le texte.

Ces documents sont élaborés, dans les délais fixés par la loi, à l'initiative du ministère intéressé, en liaison avec les départements ministériels qui doivent contribuer à leur préparation, puis adressés, une fois achevés, au secrétariat général du Gouvernement qui s'assure de l'accord du Premier ministre sur le texte du document. Cette transmission doit comporter au moins cinq exemplaires du document. Celui-ci est alors officiellement transmis au Parlement au nom du Premier ministre par les soins du secrétariat général du Gouvernement.

Les assemblées parlementaires ne se considèrent pas valablement saisies d'un rapport qui n'aurait pas été déposé selon cette procédure. Ainsi, la transmission directe d'un rapport par un ministre au président d'une assemblée ne vaut pas saisine de l'assemblée et se traduit toujours par une perte de temps pour le ministère qui y a procédé.

Parallèlement au dépôt assuré par le secrétariat général du Gouvernement, l'administration auteur du document adresse à chaque assemblée un nombre suffisant d'exemplaires pour permettre la distribution du rapport aux parlementaires intéressés.

Annexe

Recevabilité des amendements

1°) Dispositions constitutionnelles et organiques sur la recevabilité.

a) Recevabilité au regard de l'article 40 de la Constitution.

Les amendements parlementaires sont irrecevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique (art. 40 de la Constitution).

Par “ ressources publiques ” et “ charge publique ”, il convient d'entendre celles de l'État, des collectivités territoriales et des régimes de protection sociale ; ce point a été explicitement jugé par le Conseil constitutionnel en ce qui concerne les charges (n° 60-11 DC du 20 janvier 1961).

La diminution des ressources et la création ou l'aggravation d'une charge proscrites par l'article 40 doivent être appréciées, par principe, par rapport à l'état du droit existant au moment de la discussion de l'amendement (n° 60-11 DC du 20 janvier 1961 et n° 63-21 DC du 12 mars 1963) ; toutefois, elles peuvent également être appréciées par rapport au droit proposé, constitué généralement par le texte servant de base à la discussion, lorsque cette référence est plus favorable à l'initiative parlementaire.

Un amendement parlementaire compensant une dépense nouvelle par une ressource nouvelle ou par la diminution d'une charge existante tombe sous le coup de l'irrecevabilité prévue par l'article 40 de la Constitution (n° 85-203 DC du 28 décembre 1985). Il n'en est pas ainsi, en revanche, d'un amendement parlementaire compensant une diminution de ressources par une ressource nouvelle, à condition que la compensation soit réelle et immédiate et bénéficie à la même collectivité publique (n° 76-64 DC du 2 juin 1976). S'agissant des lois de finances, la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 prévoit qu'un amendement parlementaire peut majorer les crédits d'un programme lorsque cette majoration a pour contrepartie la diminution des crédits d'un ou plusieurs programmes d'une même mission.

Enfin, le contrôle de la conformité à l'article 40 de la Constitution d'une disposition issue d'une proposition de loi ou d'un amendement parlementaire ne peut être exercé par le Conseil constitutionnel saisi d'une loi votée que si l'irrecevabilité a été soulevée devant la première assemblée qui en a été saisie (n° 2003-476 DC du 24 juillet 2003).

b) Recevabilité au regard de l'article 41 de la Constitution.

Le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité aux amendements parlementaires qui empiètent sur le domaine réservé au pouvoir réglementaire par l'article 37 de la Constitution, ou qui interviennent dans une matière déléguée à l'exécutif en vertu de l'article 38 de la Constitution (art. 41 de la Constitution).

Comme pour l'article 40, la non-conformité, au regard de l'article 41, d'une disposition issue d'un amendement parlementaire ne peut être relevée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi d'une loi votée que si le Gouvernement a effectivement fait usage de la faculté d'opposition que lui ouvre l'article 41 (pour un empiètement du législateur sur le domaine réglementaire : cf. décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982 ; pour une intervention du législateur dans un domaine faisant l'objet d'une habilitation non expirée : cf. décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, voir également décision 2005-512 DC du 21 avril 2005 sur la reconnaissance par le Conseil constitutionnel du caractère réglementaire de certaines dispositions).

c) Recevabilité au regard des autres dispositions constitutionnelles.

L'article 44 de la Constitution prévoit deux autres cas dans lesquels le Gouvernement peut s'opposer au vote d'amendements d'origine parlementaire : amendements qui n'ont pas été antérieurement soumis à la commission (art. 44, 2^e alinéa) et amendements à des dispositions faisant l'objet d'un vote bloqué (art. 44, 3^e alinéa).

L'article 45 (3^e alinéa) de la Constitution subordonne à l'accord du Gouvernement la recevabilité des amendements parlementaires, au cours de la lecture, par chaque assemblée, du texte élaboré par la commission mixte paritaire.

Les articles 39 (2^e alinéa, in fine) et 47 de la Constitution imposent l'examen prioritaire par l'Assemblée nationale de tout amendement à une loi de finances introduisant une disposition nouvelle. Cette exigence ne vise que le Gouvernement et ne s'oppose pas à ce qu'un sénateur présente un tel amendement (décision n° 95-369 DC du 28 décembre 1995).

d) Recevabilité au regard des dispositions organiques.

Les dispositions de la loi organique relative aux lois de finances qui définissent le contenu de celles-ci (voir fiche 1.3.4, lois de finances) ont pour effet de limiter le droit d'amendement du Gouvernement, comme celui des parlementaires, dans la discussion des lois de finances.

Une disposition figurant dans une loi de finances, issue d'un amendement gouvernemental ou parlementaire, qui constitue un "cavalier budgétaire" (disposition étrangère aux matières énumérées par la loi organique), peut être déclarée non conforme par le Conseil constitutionnel, même si l'exception d'irrecevabilité n'a pas été soulevée au cours du débat au Parlement (décision n° 76-74 DC du 28 décembre 1976).

Il en est de même des dispositions introduites par amendement dans une loi de financement de la sécurité sociale, qui ne rempliraient pas les conditions fixées par le III de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale, parce qu'elles n'affecteraient pas directement et de façon significative, l'équilibre financier des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale (voir fiche 1.3.5, lois de financement de la sécurité sociale).

2°) Restrictions tenant à la notion même d'amendement.

Un amendement dont le contenu serait dépourvu de tout lien avec les dispositions du texte en discussion affecterait la régularité de la procédure législative.

a) au cours de la première lecture, seuls peuvent être adoptés les amendements, parlementaires ou gouvernementaux, qui ne sont pas dépourvus de tout lien avec l'objet du projet ou de la proposition déposé sur le bureau de la première assemblée saisie. Ce lien doit exister avec les dispositions figurant dans le corps du texte. Le titre du projet ou de la proposition de loi ainsi que, le cas échéant, les titres donnés à des sections ou à des chapitres sont sans incidence à cet égard. Le fait qu'un texte se présente comme portant diverses dispositions ne dispense pas de la recherche de ce lien avec l'une ou l'autre des dispositions qui figuraient dans son état initial.

b) à l'issue de la première lecture devant chaque assemblée, que l'urgence ait ou non été déclarée, sont seuls susceptibles d'être adoptés, lors des lectures suivantes (avant ou après CMP) les amendements, parlementaires ou gouvernementaux, remplissant l'une des conditions suivantes :

- être en relation directe avec une disposition du texte restant en discussion ;

- ou être dictés par la nécessité de respecter la Constitution, d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement ou de rectifier une erreur matérielle.

(voir décisions n° 98-402 DC du 25 juin 1998 et n° 2005-532 DC - 19 janvier 2006).

FICHE 2.2.5

LOIS

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

I. Principes

L'article 61 de la Constitution dispose que le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité à la Constitution des lois ordinaires qui lui sont soumises par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs. Par ailleurs, lui sont obligatoirement soumis les lois organiques et les règlements des assemblées.

Le Conseil constitutionnel fonde ses décisions sur “un bloc de constitutionnalité” composé des règles suivantes :

- le préambule et les articles de la Constitution du 4 octobre 1958 ;
- le préambule de la Constitution de 1946 ;
- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
- la charte de l'environnement ;
- les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ;
- les principes et objectifs de valeur constitutionnelle.

Il assure en outre le respect par les lois ordinaires du champ et des dispositions des lois organiques.

Le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois.

Toutefois, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours à la demande du Premier ministre. La saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation jusqu'au jour où la décision du conseil est rendue publique.

La décision du Conseil constitutionnel est adressée au Premier ministre en vue de sa publication au Journal officiel. En application de l'article 62 de la Constitution, une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée, ni mise en application. Les décisions du conseil s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

En application de l'article 23 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, le Président de la République peut, à la suite d'une censure partielle, soit promulguer la loi dont la disposition déclarée inconstitutionnelle aura été retirée, soit demander au Parlement une nouvelle délibération. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel assortit parfois le rejet des griefs dirigés contre les dispositions qui lui sont soumises de réserves dont il doit être tenu compte pour l'application de ces dispositions, notamment par le pouvoir réglementaire.

II. Observations du Gouvernement sur les recours

Le secrétariat général du Gouvernement est chargé de préparer les observations du Gouvernement sur les recours.

A cette fin, une ou plusieurs réunions sont organisées par ses soins avec l'ensemble des administrations intéressées. En général :

- une première réunion organisée avec l'ensemble des ministères intéressés dès réception du ou des recours a pour objet d'examiner les griefs présentés par les saisissants afin de définir la nature et le contenu des éléments de droit et de fait susceptibles d'alimenter les observations du Gouvernement ; il appartient aux ministères de faire parvenir au plus tôt au secrétariat général du Gouvernement ces éléments;

- une seconde réunion est consacrée à la mise au point définitive des observations.

Une réunion de travail avec le membre du Conseil constitutionnel rapporteur de la saisine, le service juridique du conseil constitutionnel, le secrétariat général du Gouvernement et les représentants des ministères intéressés est généralement organisée à l'initiative du Conseil constitutionnel.

Les observations du Gouvernement sur un recours devant le Conseil constitutionnel, comme les saisines, sont publiées au Journal officiel et reproduites sur le site du Conseil constitutionnel.

FICHE 2.2.6**LOIS*****PROMULGATION ET PUBLICATION***

La promulgation est l'acte par lequel le chef de l'Etat atteste de l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi.

Pour les lois ordinaires, le secrétariat général du Gouvernement s'assure, préalablement à leur promulgation, qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. En cas de saisine, le délai de promulgation est suspendu.

En application de l'article 10 de la Constitution, la promulgation de la loi définitivement adoptée doit intervenir dans le délai de quinze jours qui suit la transmission du texte au Gouvernement.

Le secrétariat général du Gouvernement doit établir le texte dans les formes prescrites par le décret n° 59-635 du 19 mai 1959, modifié par le décret n° 90-218 du 8 mars 1990, faire contresigner le décret par les ministres responsables et le Premier ministre (*voir fiche 3.9.1, les actes du Président de la République*) et le soumettre à la signature du Président de la République.

La publication intervient dans les jours qui suivent cette signature.

FICHE 2.2.7**LOIS****TEXTES D'APPLICATION**

Les textes d'application des lois (décrets, arrêtés, éventuellement conventions, mesures individuelles) doivent être pris dans un délai maximal de six mois. Le respect de ce délai implique que ces textes soient conçus, dans la mesure du possible, en même temps que le projet lui-même (*voir fiche 1.1.2., efficacité des textes*). Il est rappelé que la responsabilité de l'Etat peut être engagée du fait de la non-intervention des décrets d'application dans un délai raisonnable (CE, Ass, 27 novembre 1964, Vve Renard). Le Conseil d'Etat a une conception stricte du délai raisonnable (voir pour un délai inférieur à un an 27 juillet 2005, Association Bretagne Ateliers). Les annulations de refus de prendre ces mesures peuvent être assorties d'injonctions et d'astreintes (voir CE, Ass, 28 mars 1997, UNAF ; 27 juillet 2005 Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires et Fédération nationale des syndicats de biologistes praticiens hospitaliers et hospitalo-universitaires).

Afin que cette règle soit respectée, un suivi de ces textes est organisé par le ministère responsable en application de sa charte de qualité de la réglementation. Le secrétariat général du Gouvernement organise, pour sa part, en liaison avec chaque ministère, un suivi des décrets d'application des lois.

Par ailleurs, en application de l'article 86 du règlement de l'Assemblée nationale, le rapporteur d'une loi ou, à défaut, un autre député désigné par la commission compétente, présente à celle-ci un rapport sur l'application de la loi à l'issue d'un délai de six mois suivant son entrée en vigueur. Lorsque les textes réglementaires nécessaires n'ont pas été pris, la commission entend son rapporteur à l'issue d'un nouveau délai de six mois. Au Sénat, un rapport d'application des lois synthétisant les observations des commissions permanentes est présenté chaque année à la Conférence des Présidents et fait l'objet d'une publication.

En outre, l'article 67 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 a prévu la présentation par le Gouvernement d'un rapport sur la mise en application de chaque loi à l'issue d'un délai de 6 mois suivant sa date d'entrée en vigueur (pour les modalités de dépôt des rapports du Gouvernement au Parlement, voir *fiche 2.2.4., projets de loi – procédure parlementaire*)

I. - Le calendrier des décrets d'application et son suivi

Dès l'adoption définitive de la loi par le Parlement, le secrétariat général du Gouvernement saisit le ministère principalement responsable et lui demande la liste des décrets d'application nécessaires et le calendrier prévisionnel de leur intervention. Lorsque la loi appelle des décrets préparés par plusieurs ministères, chacun des ministères concernés est saisi. Le ministère responsable doit retourner dans les plus brefs délais ces documents au secrétariat général du Gouvernement. Le calendrier prévisionnel ne doit, en principe, pas comporter de délais d'adoption supérieurs à six mois.

Le document préparé par le ministère principalement responsable mentionne la liste et le nombre des décrets nécessaires et, pour chaque décret, le service ou bureau chargé de son élaboration, son objet, le ou les articles de la loi dont il est fait application et leur base légale, sa nature (décret en Conseil d'Etat, en conseil des ministres), les consultations obligatoires et le calendrier de ces

consultations , la date envisagée pour la saisine du Conseil d'Etat lorsque le décret est un décret en Conseil d'Etat et la date envisagée pour la publication du décret au Journal officiel. Afin de mieux programmer l'organisation éventuelle de réunions interministérielles et l'examen, lorsqu'il est requis, des décrets par le Conseil d'Etat, ces informations doivent être accompagnées d'indications sur la priorité ou l'urgence particulière qui s'attache à la publication de tel ou tel des décrets.

Le tableau ci-après donne, à titre indicatif, la forme sous laquelle ces informations doivent être adressées au secrétariat général du Gouvernement

L'échéancier des décrets d'application est publié sur le site Légifrance (Légifrance-dossiers législatifs).

Le secrétariat général du Gouvernement rend périodiquement compte au Premier ministre de l'état d'avancement de l'application des lois votées.

II. - Recueil des contreseings des décrets d'application

On recueillera les contreseings le plus rapidement possible. A cette fin :

- on aura recours à la procédure du contreseing simultané (*voir fiche 2.1.3, signatures et contreseings*) ;

- les services ne seront pas saisis à nouveau pour avis, sauf dans le cas où le contreseing d'un ministre est requis alors que ce ministre n'avait pas été consulté lors de l'élaboration du texte ;

- s'ils remplissent les conditions requises, ces décrets pourront être mis au contreseing selon la procédure accélérée (*voir fiche 2.1.3*).

Tableau indicatif concernant les décrets d'application des lois

Loi n°

Ministère :

Objet du décret	bureau responsable	article de la loi ⁽²⁾	base légale ⁽²⁾	Nature du décret	consultations obligatoires /saisine ⁽¹⁾	saisine du Conseil d'Etat ⁽¹⁾	date de publication	Priorité

(1) le cas échéant

(2) il convient de distinguer entre l'article (ou si l'article comprend plusieurs divisions, la partie de l'article) de la loi qui nécessite l'intervention du décret et la base légale du décret, qui peut être différente.

Exemples :

a) Article X de la loi n° 2004- du : «article X - Il est inséré dans le code Z un article Y ainsi rédigé : « article Y (...) Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités du présent article ». L'article dont il est fait application est l'article X, la base légale du décret est l'article Y du code Z.

b) article A de la loi n° 2004- du : « Article A. I (...) IV un décret en Conseil d'Etat définit les modalités du présent article ». L'article dont il est fait application comme sa base légale sont l'article A (IV) de la loi n° 2004- du.

Dans certains cas, un décret peut être nécessaire sans que la loi, comme dans les exemples précédents, y fasse explicitement référence, soit parce que le législateur n'a pas expressément prévu de renvoi à un décret qui apparaît toutefois nécessaire, soit parce que la loi a modifié en tout ou partie des dispositions qui faisaient l'objet de décrets d'application qui devront, à leur tour, être modifiés. Dans ces cas, les informations relatives à la base légale du décret devront également être données.

FICHE 2.2.8

LOIS

PARTICULARITES

***(lois organiques, de finances, de financement de la SS,
lois d'habilitation de l'article 38 de la Constitution,
lois de programme)***

I. Les lois organiques

Elles ne peuvent intervenir que dans les matières que leur réserve la Constitution (articles 6, 13, 23, 25, 27, 34, 47, 47-1, 57, 63, 64, 65, 67, 68-2, 71, 72, 72-1, 72-2, 72-4, 73, 74, 77 et 88-3). Dans les différentes étapes précédant leur dépôt au Parlement, les projets de loi organique sont soumis aux mêmes règles que les projets de loi ordinaire (*voir fiches 2.2.1 à 2.2.3.*).

Au stade de leur discussion, ces projets obéissent aux particularités suivantes, qui résultent principalement de l'article 46 de la Constitution :

- le projet ou la proposition n'est soumis à la délibération et au vote de la première assemblée saisie qu'à l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt ;

- la procédure de l'article 45, relatif aux commissions mixtes paritaires, est applicable. Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres ;

- les lois organiques relatives au Sénat ainsi que celles mentionnées à l'article 88-3 de la Constitution doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées.

L'article 61 de la Constitution dispose que les lois organiques sont, avant leur promulgation, soumises au Conseil constitutionnel. La saisine du Conseil constitutionnel, qui est donc systématique, est assurée par le secrétariat général du Gouvernement (*voir fiche 2.2.5.*).

Le Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi d'une loi organique qui contient des dispositions qui relèvent de la loi ordinaire, procède au déclassement de ces dispositions, mais ne les censure pas.

II. Les lois de finances et les lois de financement de la sécurité sociale

Ces lois ont également un domaine propre (*voir fiches 1.3.4. et 1.3.5.*). Elles sont préparées chaque année dans des conditions d'urgence particulière. Les règles selon lesquelles elles sont présentées au Parlement et adoptées par lui les distinguent des lois ordinaires.

Ainsi, il résulte notamment des articles 39 et 47 de la Constitution, précisés par les articles 39 et suivants de la loi organique du 1^{er} août 2001, que le projet de loi de finances de l'année :

- est déposé au plus tard le premier mardi d'octobre de l'année qui précède celle à laquelle il se rapporte ;

- doit être soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale ;

- est discuté selon la procédure d'urgence et doit être adopté dans un délai global de 70 jours, faute de quoi ses dispositions peuvent être mises en vigueur par ordonnance.

Des règles analogues sont prévues pour les projets de loi de financement de la sécurité sociale par l'article 47-1 de la Constitution, précisé par les articles LO 111-3 et suivantes du code de la sécurité sociale.

III. Les lois habilitant le Gouvernement à légiférer par ordonnances en application de l'article 38 de la Constitution et les lois ratifiant ces ordonnances

Ces lois ne sont soumises à aucune procédure particulière.

On doit néanmoins veiller aux délais que les lois d'habilitation fixent nécessairement pour :

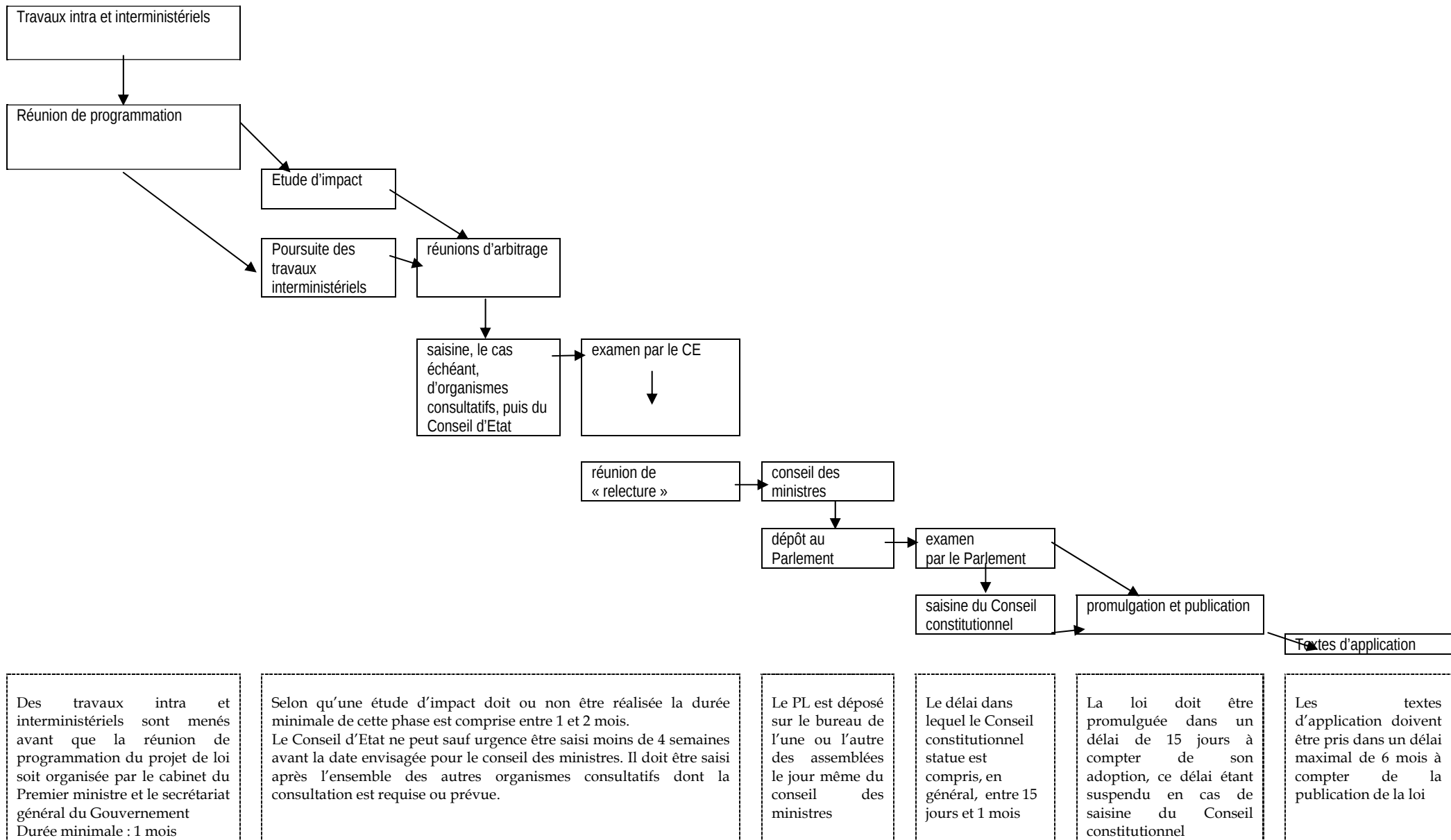
- prendre les ordonnances, celles-ci ne pouvant être prises au-delà du délai d'habilitation fixé généralement en mois à compter de la date de publication de la loi. Pour cette raison, il est souhaitable que les ordonnances soient conçues parallèlement à l'adoption de la loi d'habilitation ;

- déposer le projet de ratification, le défaut de dépôt du projet de loi dans le délai fixé par la loi d'habilitation, également fixé en nombre de mois, à compter de la publication des ordonnances, ayant pour effet de rendre caduques celles-ci.

IV. Lois de programme

En application de l'article 70, doit être soumis pour avis au Conseil économique et social « tout projet de loi de programme à caractère économique ou social. » Il résulte de la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 relative à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école qu'on doit entendre par loi de programme à caractère économique ou social une loi qui fixe des objectifs qualitatifs et quantitatifs à l'action de l'Etat en matière économique et sociale. Il n'est plus nécessaire, compte tenu de l'abrogation de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 par la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, que ces objectifs aient une traduction financière pour que la loi en cause puisse être qualifiée de loi de programme au sens de l'article 70 de la Constitution. A l'inverse, la présence de prévisions budgétaires dans une loi ne suffit pas pour en faire une loi de programme.

FICHE 2.2.9 ELEMENTS POUR UN CALENDRIER PREVISIONNEL D'ELABORATION D'UNE LOI



FICHE 2.3.1**PROJET D'ORDONNANCE DE L'ARTICLE 38
DE LA CONSTITUTION*****LE TRAVAIL ET LES DISCUSSIONS INTRA
ET INTERMINISTERIELS***

La préparation d'un projet d'ordonnance est soumise à deux séries de contraintes particulières qui résultent de la loi d'habilitation : d'une part, le contenu du projet est défini et encadré par les termes de cette loi, éclairés par les travaux préparatoires ; d'autre part, l'ordonnance doit être prise dans le délai imparti, ce qui rend nécessaire une grande attention aux questions de calendrier.

Le travail et les discussions intra et interministérielles sur le projet d'ordonnance ont pour objet de :

- régler les éventuels différends internes au ministère sur tel ou tel aspect du projet ; dans le cas de projets importants concernant plusieurs directions, il est souhaitable qu'un agent soit désigné pour coordonner les travaux du ministère et, le cas échéant, être l'interlocuteur unique des autres ministères et du secrétariat général du Gouvernement ;

- faire ressortir clairement les points d'accord et de désaccord de l'ensemble des ministères intéressés.

Sauf cas particuliers, les discussions interministérielles doivent être engagées à l'initiative du ministère pilote et donner lieu à des réunions bi ou multilatérales avec les autres ministères avant que ne soient organisées, le cas échéant, des réunions ou comités interministériels. Ceux-ci n'ont en effet vocation qu'à trancher des désaccords, entériner des accords et prendre des décisions sur la base des résultats de ces discussions préalables.

Il est souhaitable que ces discussions soient précédées soit au stade de l'élaboration du projet de loi d'habilitation, soit dès la promulgation de celle-ci d'une réflexion sur la nécessité de réaliser une étude d'impact (voir fiches 1.1.1., questions préalables et 1.1.2., études d'impact).

On doit veiller à une association systématique à ces discussions :

- du ministère de la justice, dans l'hypothèse où le projet contient des sanctions pénales ;
- du ministère de l'outre-mer si le projet prévoit des dispositions particulières à l'outre-mer ainsi que dans l'hypothèse où une extension ou adaptation de ce projet doit être envisagée à court ou moyen terme ;
- du ministère chargé du budget si le projet a un impact financier.

Plus généralement doit être associé tout ministère qui peut être intéressé par le projet soit en raison de la matière qu'il traite (par exemple le ministère de la justice pour les projets concernant le droit privé), des catégories de personnes qu'il affecte (par exemple le ministère de l'intérieur pour les collectivités territoriales) ou des textes qu'il modifie (le ministère responsable d'un code pour des modifications de celui-ci).

Ces discussions doivent porter sur le projet d'ordonnance mais également sur le contenu des principaux décrets nécessaires à son application qui doivent être élaborés simultanément.

FICHE 2.3.2

**PROJET D'ORDONNANCE DE L'ARTICLE 38
DE LA CONSTITUTION**

CONSULTATION DU CONSEIL d'ÉTAT

I. Saisine

Il revient au secrétariat général du Gouvernement de saisir le Conseil d'Etat des projets d'ordonnance. La saisine doit intervenir, sauf exception, au moins quatre semaines avant la date envisagée pour l'inscription du projet d'ordonnance au conseil des ministres.

Le ministre qui a l'initiative du projet le transmet au secrétariat général du Gouvernement, en joignant à l'envoi :

- le rapport de présentation, complété, quand il y a lieu, par l'étude d'impact ;
- la liste des décrets d'application rendus nécessaires par le projet et le calendrier prévisionnel de publication de ces décrets ;
- dans l'hypothèse, la plus fréquente, d'un projet modifiant un texte existant, un tableau en deux colonnes faisant apparaître le ou les textes modifiés dans leur version en vigueur et dans leur version résultant du projet ;
- le cas échéant, les avis des organismes dont la consultation est requise ; l'envoi du texte au Conseil d'État ne pourra intervenir si les avis préalables obligatoires n'ont pas été obtenus. A tout le moins, le ministère doit justifier qu'ils ont été sollicités en temps utile ;
- le cas échéant, la liste des directives européennes que le texte a pour objet de transposer avec leurs références précises ;
- la liste des ministres et secrétaires d'État intéressés ;
- les nom, qualité, adresse postale, adresse électronique et numéro de téléphone des fonctionnaires susceptibles d'être désignés en qualité de commissaire du Gouvernement au Conseil d'État.

Le texte adressé au Conseil d'Etat est imprimé sur du papier de couleur rose qui fait seul foi dans la procédure de consultation. Il est diffusé à tous les membres du Gouvernement intéressés par les soins du secrétariat général du Gouvernement.

II. Procédure devant le Conseil d'Etat

Outre les indications générales données par ailleurs (voir *fiche 2.1.1., rôle du SGG et du Conseil d'Etat dans l'élaboration des textes*), il convient de préciser que :

- toute modification du projet ne se limitant pas à la rédaction de celui-ci doit prendre la forme d'une saisine rectificative par les soins du secrétariat général du Gouvernement ; à titre

exceptionnel, s'agissant de modifications de portée limitée par leur ampleur et leur portée, la saisine peut prendre la forme de propositions émises en séance par le représentant du secrétariat général du Gouvernement ; il a été ainsi jugé qu'un amendement (à un projet de décret), présenté verbalement en séance par le Gouvernement lors de l'examen pour avis par le Conseil d'Etat, est régulièrement soumis au Conseil d'Etat. (CE, 18 janvier 1991, Société Mulpromotion) ;

- si des échanges portant sur la rédaction du texte ou tout élément susceptible de l'affecter ont lieu entre le ou les rapporteurs et les commissaires du Gouvernement en dehors des réunions de travail organisées à cet effet, le représentant du secrétariat général du Gouvernement doit en être informé.

L'avis du Conseil d'Etat est transmis au secrétariat général du Gouvernement qui le diffuse, sur du papier de couleur verte, à tous les membres du Gouvernement intéressés.

Les avis et délibérations du Conseil d'Etat sont destinés au seul Gouvernement. Cette règle du secret a été consacrée par l'article 1er de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public qui exclut les avis du Conseil d'Etat des documents administratifs communicables. Sauf si le Premier ministre en décide autrement, les avis sur les projets de textes ne doivent faire l'objet d'aucune divulgation. Cette règle doit être strictement respectée par les commissaires du Gouvernement et les autres personnes informées de la teneur des avis.

FICHE 2.3.3

PROJET D'ORDONNANCE DE L'ARTICLE 38 DE LA CONSTITUTION

MISE AU POINT DU TEXTE ET PASSAGE EN CONSEIL DES MINISTRES

I. Mise au point du texte

Une fois l'avis du Conseil d'Etat rendu, une réunion, co-présidée par le secrétaire général du Gouvernement et le membre compétent du cabinet du Premier ministre est organisée pour arrêter le texte définitif du projet préalablement à son inscription à l'ordre du jour du Conseil des ministres.

Tant qu'elle n'a pas été ratifiée, l'ordonnance demeure un acte administratif. Sa mise au point est donc soumise aux règles qui valent pour les projets de décret et non les projets de loi : ne peut pour cette raison être retenu un texte qui serait différent à la fois du projet du Gouvernement et de l'avis du Conseil d'Etat. L'application de ce principe se fait par ensemble de dispositions ayant entre elles un rapport au sens de la jurisprudence, c'est-à-dire le plus souvent par article ou par subdivision d'article (voir, notamment pour un décret : CE, 16 octobre 1968, Union nationale des grandes pharmacies de France).

La jurisprudence du Conseil d'Etat témoigne de la rigueur de cette règle (voir par exemple pour un décret CE 2 mai 1990 Joannides), de sorte que le Gouvernement court les plus grands risques, sur le plan contentieux, en adoptant une rédaction qui s'écarte, même sur des points de détail, tant de celle adoptée par le Conseil d'Etat que de celle du projet initial.

Réserve faite d'erreurs matérielles susceptibles d'être corrigées sur la minute du texte arrêté par le Conseil d'Etat, le Gouvernement n'a donc d'autre solution, lorsqu'il souhaite adopter un texte différent tout à la fois de son projet initial et du texte du Conseil d'Etat, que de ressaisir ce dernier du texte correspondant à la rédaction souhaitée, en vue d'une nouvelle délibération.

Il est néanmoins souvent possible de prévenir cette situation alors que le texte est en cours d'examen au Conseil d'Etat, en suggérant au rapporteur de reprendre à son compte certaines des modifications envisagées ou, si celles-ci ne semblent pas devoir recueillir l'accord du Conseil d'Etat, en les faisant consigner comme des amendements verbalement apportés par le Gouvernement à son texte initial. Ces façons de procéder ne valent toutefois que pour les modifications d'ampleur limitée. Pour les modifications substantielles, il convient de procéder à une saisine rectificative ou complémentaire, qui est de la compétence exclusive du secrétariat général du Gouvernement.

Le texte définitif, précédé d'une page de garde de couleur bleue est diffusé à tous les membres du Gouvernement par les soins du secrétariat général du Gouvernement. Il fait seul foi.

II. Délibération du conseil des ministres

L'inscription du projet d'ordonnance à l'ordre du jour du conseil des ministres est décidée par le Président de la République. Elle intervient dans le cadre du programme de travail du Gouvernement qui fait l'objet d'un examen semestriel et d'une programmation de l'ordre du jour du conseil des ministres sur 5 à 6 semaines qui est actualisée chaque semaine.

Par mesure de prudence, un projet d'ordonnance est, en général, inscrit à l'ordre du jour du conseil des ministres au plus tard l'avant-dernier mercredi précédant l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation.

FICHE 2.3.4**PROJET D'ORDONNANCE DE L'ARTICLE 38
DE LA CONSTITUTION*****SIGNATURE ET PUBLICATION
(Procédure)***

Les ordonnances sont soumises au contreseing du Premier ministre et, le cas échéant, des ministres responsables par le secrétaire général du Gouvernement, en général le jour de leur délibération par le conseil des ministres. Elles sont ensuite présentées à la signature du Président de la République.

Leur publication intervient dans les jours qui suivent la délibération du conseil des ministres. Cette publication est systématiquement accompagnée de celle du rapport de présentation du projet d'ordonnance en application de l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs (tel que complété par l'article 78 de la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004).

FICHE 2.3.5

**ORDONNANCE DE L'ARTICLE 38
DE LA CONSTITUTION**

RATIFICATION

1.- Il résulte de l'article 38 de la Constitution qu'à défaut d'un dépôt sur le bureau de l'une ou l'autre assemblée du projet de loi ratifiant l'ordonnance dans le délai fixé par la loi d'habilitation, l'ordonnance devient caduque (voir par exemple C.E. 2 avril 2003, Conseil régional de Guadeloupe). Il appartient donc au ministère principalement intéressé de préparer le projet de loi de ratification afin qu'il puisse être soumis au Conseil d'Etat, puis inscrit à l'ordre du jour du conseil des ministres dans des conditions permettant d'éviter la caducité de l'ordonnance.

Il est rappelé que tant que l'ordonnance n'est pas ratifiée – soit par le vote de la loi de ratification ou d'une disposition législative ayant explicitement cet objet, soit en conséquence d'une modification par le législateur des dispositions de l'ordonnance qui peut, dans certains cas, être assimilée à une ratification implicite (voir CE, 10 juillet 1972, Cie Air Inter ; 11 juin 1990, Congrès du Territoire de Nouvelle Calédonie ; CC 23 janvier 1987 Conseil de la Concurrence) – elle demeure un acte administratif dont la légalité peut être contestée devant le juge administratif soit par voie d'action, soit par voie d'exception. La sécurité juridique commande donc que la ratification intervienne le plus rapidement possible.

Il est également rappelé qu'alors même que l'ordonnance ne serait pas ratifiée, l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation a pour conséquence d'interdire au Gouvernement de la modifier autrement qu'en soumettant au Parlement un projet de loi. Une telle modification est toutefois possible, par décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres, pour celles des dispositions de l'ordonnance qui seraient intervenues dans un domaine que l'article 34 de la Constitution ne réserve pas au législateur (voir par exemple C.E. 30 juin 2003, Fédération générale ovine du Sud Est et autres). Une fois l'ordonnance ratifiée, les dispositions ne relevant pas du domaine de la loi ne peuvent plus être modifiées qu'en mettant en œuvre la procédure de déclassement prévue par le second alinéa de l'article 37 de la Constitution.

2.- Le projet de loi de ratification ne doit, en principe, faire l'objet d'aucune autre consultation que celle du Conseil d'Etat en application de l'article 39 de la Constitution. Il en va toutefois différemment dans les cas suivants :

- la loi d'habilitation a prévu la consultation de certains organismes sur le projet de loi de ratification ;
- le projet de loi de ratification ne se borne pas à ratifier l'ordonnance mais comprend des modifications des dispositions de celle-ci ou d'autres dispositions ; dans ce cas, il est soumis aux consultations requises par son contenu ;
- l'ordonnance n'a pas fait l'objet des consultations nécessaires ; il convient alors de soumettre le projet aux organismes qui auraient dû être saisis de celle-ci.

3.- Le législateur ne méconnaît aucune règle non plus qu'aucun principe d'ordre constitutionnel s'il décide de ratifier une ordonnance qui aurait excédé le champ de l'habilitation initiale, car la limitation en résultant ne lui est pas opposable au stade de la ratification.

4.- Il n'est pas utile, dans l'intitulé et le corps du projet de loi de ratification, de se référer à l'article 38 de la Constitution et à la loi d'habilitation. On écrira simplement :

Projet de loi portant ratification (ou « *ratifiant* » pour éviter une répétition de
« portant » si ce mot figure dans l'intitulé de l'ordonnance)
de l'ordonnance n° ... du

Article 1er - L'ordonnance n° du est ratifiée.

5.- Il est possible d'inclure dans un projet de loi de ratification, des dispositions modifiant, le cas échéant pour corriger des erreurs, ou complétant celles introduites par l'ordonnance à ratifier.

Si l'ordonnance a eu pour objet de modifier un texte existant ou d'y insérer des dispositions comme ce sera le plus souvent le cas, ces modifications et ajouts sont entrés en vigueur dès la publication de l'ordonnance. Dès lors ce sont les dispositions modifiées ou insérées qu'il faudra modifier ou compléter et non l'ordonnance elle-même. Pour éviter tout malentendu, on précisera toutefois que ces dispositions sont celles issues de l'ordonnance que l'on se propose de ratifier :

Article 1er - L'ordonnance n° du est ratifiée.

Article 2 – Le dernier alinéa de l'article L.322-7 du code ...dans sa rédaction résultant de l'ordonnance mentionnée ci-dessus est remplacé par les dispositions suivantes : « ... »

FICHE 2.3.6
ORDONNANCE DE L'ARTICLE 38
DE LA CONSTITUTION

TEXTES D'APPLICATION

Les textes d'application des ordonnances (décrets, arrêtés, éventuellement conventions, mesures individuelles) doivent être pris dans un délai maximal de six mois.

Afin que cette règle soit respectée, un suivi de ces textes est organisé par le ministère responsable en application de sa charte de qualité de la réglementation. Le secrétariat général du Gouvernement organise, pour sa part, en liaison avec chaque ministère, un suivi des décrets d'application des ordonnances.

I.- Le calendrier des décrets d'application et son suivi

Dès la publication de l'ordonnance, le secrétariat général du Gouvernement saisit le ministère principalement responsable et lui demande la liste des décrets d'application nécessaires et le calendrier prévisionnel de leur intervention. Lorsque l'ordonnance appelle des décrets préparés par plusieurs ministères, chacun des ministères concernés est saisi. Le ministère responsable doit retourner dans les plus brefs délais les informations demandées au secrétariat général du Gouvernement. Le calendrier prévisionnel ne doit, en principe, pas comporter d'échéance d'adoption supérieure à six mois.

Le document préparé par le ministère principalement responsable mentionne la liste et le nombre des décrets nécessaires et, pour chaque décret, le service ou bureau chargé de son élaboration, son objet, le ou les articles de l'ordonnance dont il est fait application et leur base légale, sa nature (décret en Conseil d'Etat, en conseil des ministres), les consultations obligatoires et le calendrier de ces consultations, la date envisagée pour la saisine du Conseil d'Etat lorsque le décret est un décret en Conseil d'Etat et la date envisagée pour la publication du décret au Journal officiel. Afin de mieux programmer l'organisation éventuelle de réunions interministérielles et l'examen, lorsqu'il est requis, des décrets par le Conseil d'Etat, ces informations doivent être accompagnées d'indications sur la priorité, l'urgence particulière qui s'attachent à la publication de tel ou tel des décrets

Le tableau ci-après donne, à titre indicatif, la forme sous laquelle ces informations doivent être adressées au secrétariat général du Gouvernement.

L'échéancier des décrets d'application est publié sur le site Légifrance (Légifrance-dossiers législatifs-ordonnances).

II.- Recueil des contreseings des décrets d'application

On recueillera les contreseings le plus rapidement possible. A cette fin :

- on aura recours à la procédure du contreseing simultané (*voir fiche 2.1.3 – signatures et contreseings*) ;

- les services ne seront pas saisis à nouveau pour avis, sauf dans le cas où le contreseing d'un ministre est requis alors que ce ministre n'avait pas été consulté lors de l'élaboration du texte ;

- s'ils remplissent les conditions requises, ces décrets pourront être mis au contreseing selon la procédure accélérée (*voir fiche 2.1.3*).

- - -

Tableau indicatif concernant les décrets d'application des ordonnances

Ordonnance n°

Ministère :

Objet du décret	bureau responsable	article de la loi ⁽²⁾	base légale ⁽²⁾	Nature du décret	consultations obligatoires /saisine ⁽¹⁾	saisine du Conseil d'Etat ⁽¹⁾	date de publication	Priorité

⁽¹⁾ le cas échéant

⁽²⁾ il convient de distinguer entre l'article (ou si l'article comprend plusieurs divisions, la partie de l'article) de l'ordonnance qui nécessite l'intervention du décret et la base légale du décret, qui peut être différente

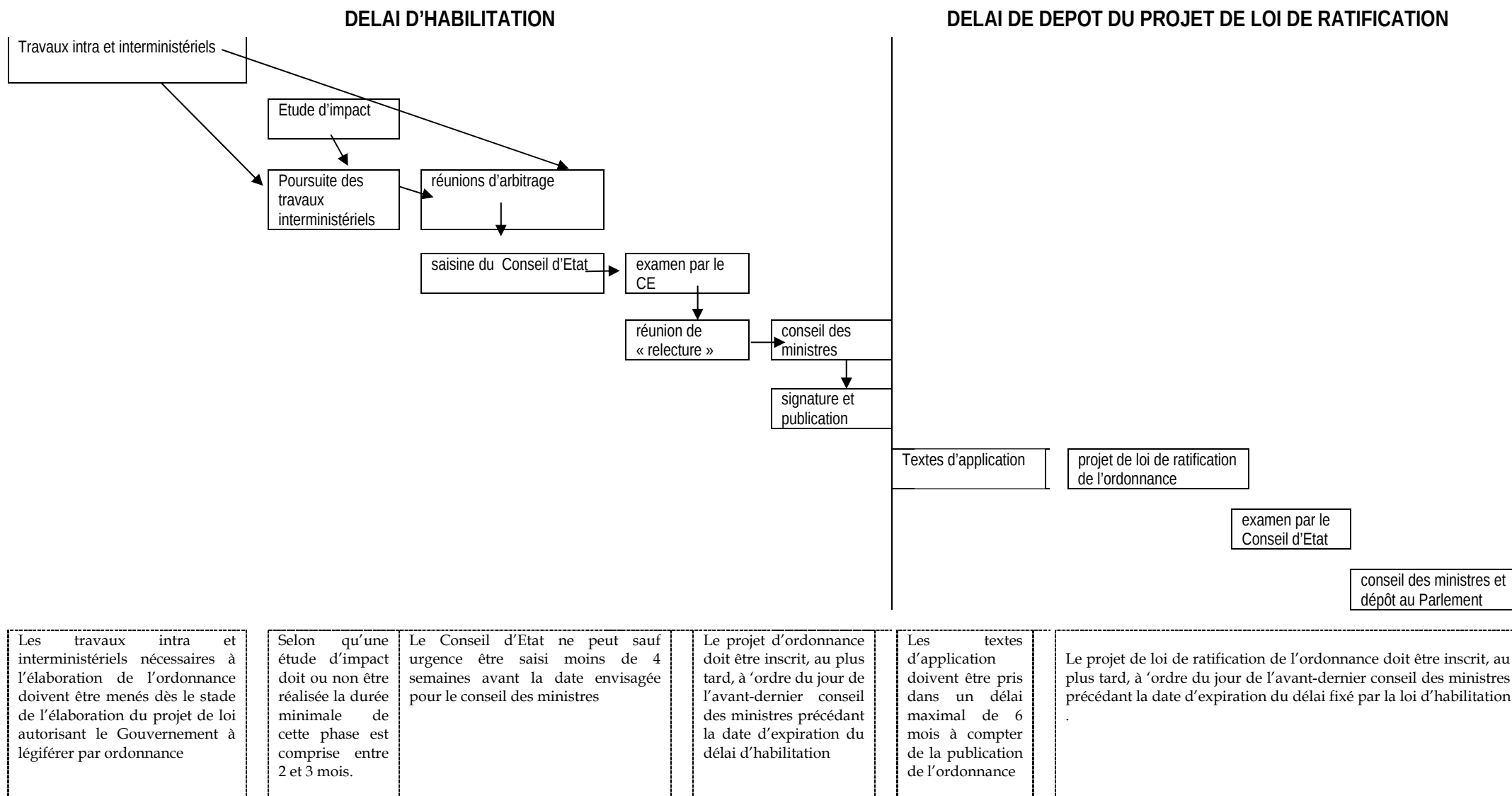
Exemples :

a) Article X de l'ordonnance n° 2004- du : « article X - Il est inséré dans le code Z un article Y ainsi rédigé : « article Y (...) Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités du présent article ». L'article dont il est fait application est l'article X, la base légale du décret est l'article Y du code Z.

b) article A de la l'ordonnance n° 2004- du : « Article A. I (...) IV un décret en Conseil d'Etat définit les modalités du présent article ». L'article dont il est fait application comme sa base légale sont l'article A (IV) de l'ordonnance n° 2004- du.

Dans certains cas, un décret peut être nécessaire sans que l'ordonnance, comme dans les exemples précédents, y fasse explicitement référence, soit parce qu'il n'a pas été expressément prévu de renvoi à un décret qui apparaît toutefois nécessaire, soit parce que l'ordonnance a modifié en tout ou partie des dispositions qui faisaient l'objet de décrets d'application qui devront, à leur tour, être modifiés. Dans ces cas, ces informations devront également être données.

FICHE 2.3.7 ELEMENTS POUR UN CALENDRIER PREVISIONNEL D'ELABORATION D'UNE ORDONNANCE et de sa RATIFICATION



FICHE 2.4.1

**ETAPES DE L'ELABORATION D'UN
DECRET SIMPLE**

Un projet de décret constitue, la plupart du temps, une mesure d'application d'une loi ou d'une ordonnance (pour les décrets comportant des mesures nominatives, voir *fiches 3.9.1 et 3.9.3*). Comme tel, il doit faire l'objet d'une réflexion concomitante à l'élaboration de celle-ci de façon à permettre dès ce stade une vision d'ensemble de la réglementation projetée (voir *fiche 1.1.1 – questions préalables*) et, une fois les dispositions législatives adoptées, à faciliter leur mise en œuvre dans un délai raisonnable (voir *fiches 2.2.7 et 2.2.8 – Textes d'applications des lois et des ordonnances*).

Les conditions de son élaboration par le ministère qui en est responsable comme les discussions interministérielles auxquelles il donne lieu le cas échéant doivent permettre d'assurer sa régularité juridique et son adaptation à l'objectif recherché.

Les décrets simples – c'est-à-dire ne nécessitant ni consultation du Conseil d'Etat, ni délibération du conseil des ministres – sont élaborés suivant un processus comprenant les étapes suivantes, à intégrer dans un calendrier prévisionnel :

1. Mise au point du projet au sein du ministère ;
2. Consultation des ministères appelés à le contresigner ou dont l'avis peut se révéler utile ; le ministère de la justice doit être systématiquement consulté sur les projets de décrets incluant des sanctions pénales et celui de l'outre-mer lorsque des dispositions particulières sont envisagées ou prévues en ce qui concerne l'applicabilité du décret outre-mer ;
3. Réunion interministérielle dans l'hypothèse où l'étape précédente a fait apparaître des désaccords, qu'il est alors demandé au cabinet du Premier ministre ou au Premier ministre de trancher : les réunions interministérielles ne constituent pas le mode normal de travail interministériel ; elles ne doivent être sollicitées que pour arbitrer des différends préalablement circonscrits sur la base d'un dossier qui en expose les tenants et les aboutissants ; elles peuvent conclure à la nécessité d'une étude d'impact (voir *fiche 1.1.2 – Etude d'impact*)
4. Consultation des organismes dont l'avis est requis ou souhaité (voir *fiche 2.1.2 – consultations préalables*) : ces consultations ne peuvent en aucun cas être engagées avant que le texte du projet ait fait l'objet d'un accord entre les ministères intéressés ou d'une décision du Premier ministre ou de son cabinet ; dans ce dernier cas, la consultation a lieu sur la base du texte qui a été arrêté au cours de la réunion ou des réunions interministérielles ;
5. Choix du texte définitif : si la (les) consultation(s) de ces organismes condui(sen)t le ministère à envisager une modification substantielle du texte, de nouvelles discussions interministérielles peuvent se révéler nécessaires avant que le projet soit envoyé aux ministères appelés à le contresigner.

Il est rappelé qu'en cas de consultation obligatoire, même si l'autorité administrative n'est pas liée par l'avis, elle ne peut pas retenir un texte traitant de questions nouvelles par rapport au projet soumis à consultation et aux observations ou suggestions éventuellement émises par l'organisme consulté (voir *fiche 2.1.2*) ;

6. Envoi du texte au contreseing des ministres, le cas échéant selon la procédure de contreseing simultané (voir *fiche 2.1.3 – Signatures et contreseings*)

7. Envoi du texte à la signature (ou au contreseing) du Premier ministre : dans l'hypothèse d'un décret du Président de la République, la signature du chef de l'Etat est recueillie par les soins du secrétariat général du Gouvernement ; le projet n'est présenté au Premier ministre que s'il est accompagné des pièces dont la liste est indiquée à la fiche 2.1.3 et si son opportunité ou sa régularité n'ont fait l'objet d'aucune observation de la part respectivement du cabinet du Premier ministre et du secrétariat général du Gouvernement.

FICHE 2.4.2

ETAPES DE L'ELABORATION D'UN DECRET EN CONSEIL D'ÉTAT

Un projet de décret en Conseil d'Etat constitue, la plupart du temps, une mesure d'application d'une loi ou d'une ordonnance. Comme tel, il doit faire l'objet d'une réflexion concomitante à l'élaboration de celle-ci de façon à permettre dès ce stade une vision d'ensemble de la réglementation projetée (voir *fiche 1.1.1 – questions préalables*) et, une fois les dispositions législatives adoptées, de faciliter leur mise en œuvre dans un délai raisonnable (voir *fiche 2.2.7 et 2.3.6 – Textes d'application des lois et des ordonnances*).

Les conditions de son élaboration par le ministère qui en est responsable comme les discussions interministérielles auxquelles il donne lieu le cas échéant doivent permettre d'assurer sa régularité juridique et son adaptation à l'objectif recherché.

Lorsqu'ils ne requièrent pas de délibération du conseil des ministres, les décrets en Conseil d'Etat sont élaborés suivant un processus comprenant les étapes suivantes, à intégrer dans un calendrier prévisionnel :

1. Mise au point du projet au sein du ministère ;
2. Consultation des ministères appelés à le contresigner ou dont l'avis peut se révéler utile ; le ministère de la justice doit être systématiquement consulté sur les projets de décrets incluant des sanctions pénales et celui de l'outre-mer lorsque des dispositions particulières sont envisagées ou prévues en ce qui concerne l'applicabilité du décret outre-mer ;
3. Réunion interministérielle dans l'hypothèse où l'étape précédente a fait apparaître des désaccords, qu'il est alors demandé au cabinet du Premier ministre ou au Premier ministre de trancher ; les réunions interministérielles ne constituent pas le mode normal de travail interministériel ; elles ne doivent être sollicitées que pour arbitrer des différends préalablement circonscrits sur la base d'un dossier qui en expose les tenants et les aboutissants ; elles peuvent conclure à la nécessité d'une étude d'impact (voir *fiche 1.1.2 – Etudes d'impact*) ;
4. Consultation des organismes dont l'avis est requis ou souhaité (voir *fiche 2.1.2 – consultations préalables*) ; ces consultations ne peuvent en aucun cas être engagées avant que le texte du projet ait fait l'objet d'un accord entre les ministères intéressés ou d'une décision du Premier ministre ou de son cabinet ; dans ce dernier cas, la consultation a lieu sur la base du texte qui a été arrêté au cours de la réunion ou des réunions interministérielles ;
5. Saisine du Conseil d'Etat ; le Conseil d'Etat doit être saisi après les autres organismes dont la consultation est requise ou souhaitée ; il ne peut statuer qu'au vu des avis rendus par les organismes dont la consultation est obligatoire ou de la saisine de ces organismes lorsque les textes qui prévoient leur consultation permettent, à l'expiration d'un délai déterminé, de passer outre à une absence d'avis ;
6. Choix du texte définitif ; il est rappelé qu'en cas de consultation obligatoire, même si l'autorité administrative n'est pas liée par l'avis, elle ne peut pas retenir un texte traitant de questions nouvelles par rapport au projet soumis à consultation et aux observations ou suggestions éventuellement émises par l'organisme consulté (voir *fiche 2.1.2*). En ce qui concerne le Conseil

d'Etat, le texte retenu ne peut être différent à la fois du projet du Gouvernement et de l'avis du Conseil d'Etat ; ce principe est apprécié strictement et sa méconnaissance peut être soulevée d'office par le juge, en cas de recours. Son application se fait par ensemble de dispositions ayant entre elles un rapport au sens de la jurisprudence, c'est-à-dire le plus souvent par article ou par subdivision d'article (voir notamment CE 16 octobre 1968, Union nationale des grandes pharmacies de France).

La jurisprudence du Conseil d'Etat témoigne de la rigueur de cette règle (voir par exemple CE, 2 mai 1990 Joannides), de sorte que le Gouvernement court donc les plus grands risques, sur le plan contentieux, en adoptant une rédaction qui s'écarte, même sur des points de détail, tant de celle adoptée par le Conseil d'Etat que de celle du projet initial.

Réserve faite d'erreurs matérielles susceptibles d'être corrigées sur la minute du texte arrêté par le Conseil d'Etat, le Gouvernement n'a donc d'autre solution, lorsqu'il souhaite adopter un texte différent tout à la fois de son projet initial et du texte du Conseil d'Etat, que de ressaisir ce dernier du texte correspondant à la rédaction souhaitée, en vue d'une nouvelle délibération.

Il est néanmoins souvent possible de prévenir cette situation alors que le texte est en cours d'examen au Conseil d'Etat, en suggérant au rapporteur de reprendre à son compte certaines des modifications envisagées ou, si celles-ci ne semblent pas devoir recueillir l'accord du Conseil d'Etat, en les faisant consigner comme des amendements verbalement apportés par le Gouvernement à son texte initial. Ces façons de procéder ne valent toutefois que pour les modifications d'ampleur limitée. Pour les modifications substantielles, il convient de procéder à une saisine rectificative ou complémentaire.

Lorsque le ministère souhaite, en cas de divergence, revenir à son texte initial, il lui appartient de demander la convocation d'une réunion interministérielle, présidée par un membre du cabinet du Premier ministre et le secrétaire général du Gouvernement et ayant pour objet d'apprécier l'opportunité de ne pas suivre l'avis rendu par la Haute Assemblée. En tout état de cause, le dossier de mise à la signature du décret doit comprendre une note présentant les éventuelles divergences avec le texte adopté par le Conseil d'Etat (voir *fiche 2.1.3, signatures et contreseings*).

7. Envoi du texte au contreseing des ministères, le cas échéant selon la procédure de contreseing simultané (voir *fiche 2.1.3*).

8. Envoi du texte à la signature (ou au contreseing) du Premier ministre ; dans l'hypothèse d'un décret du Président de la République, la signature du chef de l'Etat est recueillie par les soins du secrétariat général du Gouvernement ; le projet n'est présenté au Premier ministre que s'il est accompagné des pièces dont la liste est indiquée à la *fiche 2.1.3* et si son opportunité ou sa régularité n'ont fait l'objet d'aucune observation de la part respectivement du cabinet du Premier ministre et du secrétariat général du Gouvernement.

FICHE 2.4.3

ETAPES DE L'ELABORATION D'UN DECRET EN CONSEIL DES MINISTRES

Lorsqu'un projet de décret en conseil des ministres constitue une mesure d'application d'une loi ou d'une ordonnance, il doit faire l'objet d'une réflexion concomitante à l'élaboration de celle-ci de façon à permettre dès ce stade une vision d'ensemble de la réglementation projetée (voir *fiche 1.1.1, questions préalables*) et, une fois les dispositions législatives adoptées, de faciliter leur mise en œuvre dans un délai raisonnable (voir *fiche 2.2.7 ou 2.3.6., textes d'application*).

Les conditions de son élaboration par le ministère qui en est responsable comme les discussions interministérielles auxquelles il donne lieu le cas échéant doivent permettre d'assurer sa régularité juridique et son adaptation à l'objectif recherché.

Les décrets nécessitant une délibération du conseil des ministres sont élaborés suivant un processus comprenant les étapes suivantes, à intégrer dans un calendrier prévisionnel :

1. Information du secrétariat général du Gouvernement et du cabinet du Premier ministre, à l'occasion des réunions semestrielles d'élaboration du programme de travail du Gouvernement afin de prendre en compte le projet dans les prévisions d'ordre du jour du conseil des ministres

2. Mise au point du projet au sein du ministère ;

3. Consultation des ministères appelés à le contresigner ou dont l'avis peut se révéler utile ; le ministère de la justice doit être systématiquement consulté sur les projets de décrets incluant des sanctions pénales et celui de l'outre-mer lorsque des dispositions particulières sont envisagées ou prévues en ce qui concerne l'applicabilité du décret outre-mer ;

4. Réunion interministérielle dans l'hypothèse où l'étape précédente a fait apparaître des désaccords, qu'il est alors demandé au cabinet du Premier ministre ou au Premier ministre de trancher ; les réunions interministérielles ne constituent pas le mode normal de travail interministériel ; elles ne doivent être sollicitées que pour arbitrer des différends préalablement circonscrits sur la base d'un dossier qui en expose les tenants et les aboutissants ; elles peuvent conclure à la nécessité d'une étude d'impact (voir *fiche 1.1.2 – Etudes d'impact*)

5. Consultation des organismes dont l'avis est requis ou souhaité (voir *fiche 2.1.2 – consultations préalables*) ; ces consultations ne peuvent en aucun cas être engagées avant que le texte du projet ait fait l'objet d'un accord entre les ministères intéressés ou d'une décision du Premier ministre ou de son cabinet ; dans ce dernier cas, la consultation a lieu sur la base du texte qui a été arrêté au cours de la réunion ou des réunions interministérielles ;

6. Choix du texte définitif ; si la (les) consultation(s) de ces organismes condui(sen)t le ministère à envisager une modification substantielle du texte, de nouvelles discussions interministérielles peuvent se révéler nécessaires avant que le projet soit envoyé aux ministères appelés à le contresigner.

Il est rappelé qu'en cas de consultation obligatoire, même si l'autorité administrative n'est pas liée par l'avis, elle ne peut pas retenir un texte traitant de questions nouvelles par rapport au projet soumis à consultation et aux observations ou suggestions éventuellement émises par l'organisme consulté (voir *fiche 2.1.2.*) ;

7. Envoi du texte au secrétariat général du Gouvernement, dans des délais compatibles avec la date de son inscription à l'ordre du jour du conseil des ministres ;

8. Inscription du projet à l'ordre du jour du conseil des ministres ; recueil des contreseings et de la signature du Président de la République par les soins du secrétariat général du Gouvernement.

FICHE 2.4.4

ETAPES DE L'ELABORATION D'UN DECRET EN CONSEIL D'ÉTAT ET CONSEIL DES MINISTRES

Lorsqu'un projet de décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres constitue une mesure d'application d'une loi ou d'une ordonnance. Il doit faire l'objet d'une réflexion concomitante à l'élaboration de celle-ci de façon à permettre dès ce stade une vision d'ensemble de la réglementation projetée (voir *fiche 1.1.1 – questions préalables*) et d'une mise en œuvre des dispositions législatives dans un délai raisonnable. Cette mise en œuvre fait l'objet d'un suivi interministériel (voir *fiches 2.2.7 et 2.3.6 – Textes d'application des lois et ordonnances*).

Les conditions de son élaboration par le ministère qui en est responsable comme les discussions interministérielles auxquelles il donne lieu le cas échéant doivent permettre d'assurer sa régularité juridique et son adaptation à l'objectif recherché.

Les décrets nécessitant une consultation du Conseil d'Etat et d'une délibération du conseil des ministres sont élaborés suivant un processus comprenant les étapes suivantes, à intégrer dans un calendrier prévisionnel :

1. Information du secrétariat général du Gouvernement et du cabinet du Premier ministre, à l'occasion des réunions semestrielles d'élaboration du programme de travail du Gouvernement, afin que le projet soit pris en compte dans les prévisions d'ordre du jour du conseil des ministres ;

2. Mise au point du projet au sein du ministère ;

3. Consultation des ministères appelés à le contresigner ou dont l'avis peut se révéler utile ; le ministère de la justice doit être systématiquement consulté sur les projets de décrets incluant des sanctions pénales et celui de l'outre-mer lorsque des dispositions particulières sont envisagées ou prévues en ce qui concerne l'applicabilité du décret outre-mer ;

4. Réunion interministérielle dans l'hypothèse où l'étape précédente a fait apparaître des désaccords, qu'il est alors demandé au cabinet du Premier ministre ou au Premier ministre de trancher ; les réunions interministérielles ne constituent pas le mode normal de travail interministériel ; elles ne doivent être sollicitées que pour arbitrer des différends préalablement circonscrits sur la base d'un dossier qui en expose les tenants et les aboutissants ; elles peuvent conclure à la nécessité d'une étude d'impact (voir *fiche 1.1.2 – Etude d'impact*) ;

5. Consultation des organismes dont l'avis est requis ou souhaité (voir *fiche 2.1.2 – consultations préalables*) ; ces consultations ne peuvent en aucun cas être engagées avant que le texte du projet ait fait l'objet d'un accord entre les ministères intéressés ou d'une décision du Premier ministre ou de son cabinet ; dans ce dernier cas, la consultation a lieu sur la base du texte qui a été arrêté au cours de la réunion ou des réunions interministérielles ;

6. Envoi du texte au secrétariat général du Gouvernement qui en saisit le Conseil d'Etat ; dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat a été par erreur saisi directement par un ministère d'un projet de décret devant être délibéré par le conseil des ministres, le Conseil ne procède à son examen que si la saisine est régularisée par le secrétariat général du Gouvernement

7. Choix du texte définitif

Il est rappelé qu'en cas de consultation obligatoire, même si l'autorité administrative n'est pas liée par l'avis, elle ne peut pas retenir un texte traitant de questions nouvelles par rapport au projet soumis à consultation et aux observations ou suggestions éventuellement émises par l'organisme consulté (voir *fiche 2.1.2.*). En ce qui concerne le Conseil d'Etat, le texte retenu ne peut être différent à la fois du projet du Gouvernement et de l'avis du Conseil d'Etat ; ce principe est apprécié strictement et sa méconnaissance peut être soulevée d'office par le juge, en cas de recours. Son application se fait par ensemble de dispositions ayant entre elles un rapport au sens de la jurisprudence, c'est-à-dire le plus souvent par article ou par subdivision d'article (voir notamment CE 16 octobre 1968, Union nationale des grandes pharmacies de France).

La jurisprudence du Conseil d'Etat témoigne de la rigueur de cette règle (voir par exemple CE, 2 mai 1990 Joannides), de sorte que le Gouvernement court donc les plus grands risques, sur le plan contentieux, en adoptant une rédaction qui s'écarte, même sur des points de détail, tant de celle adoptée par le Conseil d'Etat que de celle du projet initial.

Réserve faite d'erreurs matérielles susceptibles d'être corrigées sur la minute du texte arrêté par le Conseil d'Etat, le Gouvernement n'a donc d'autre solution, lorsqu'il souhaite adopter un texte différent tout à la fois de son projet initial et du texte du Conseil d'Etat, que de ressaisir ce dernier du texte correspondant à la rédaction souhaitée, en vue d'une nouvelle délibération.

Il est néanmoins souvent possible de prévenir cette situation alors que le texte est en cours d'examen au Conseil d'Etat, en suggérant au rapporteur de reprendre à son compte certaines des modifications envisagées ou, si celles-ci ne semblent pas devoir recueillir l'accord du Conseil d'Etat, en les faisant consigner comme des amendements verbalement apportés par le Gouvernement à son texte initial. Ces façons de procéder ne valent toutefois que pour les modifications d'ampleur limitée. Pour les modifications substantielles, il convient de procéder à une saisine rectificative ou complémentaire.

Lorsque le ministère souhaite, en cas de divergence, revenir à son texte initial, il lui appartient de demander la convocation d'une réunion interministérielle, présidée par un membre du cabinet du Premier ministre et le secrétaire général du Gouvernement et ayant pour objet d'apprécier l'opportunité de ne pas suivre l'avis rendu par la Haute Assemblée. En tout état de cause, le dossier de mise à la signature du décret doit comprendre une note présentant les éventuelles divergences avec le texte adopté par le Conseil d'Etat (voir *fiche 2.1.3, signatures et contreseings*).

8. Inscription du projet à l'ordre du jour du conseil des ministres ; recueil des contreseings et de la signature du Président de la République par les soins du secrétariat général du Gouvernement.

FICHE 2.4.5

ETAPES DE L'ELABORATION D'UN DECRET PRIS EN APPLICATION DU SECOND ALINEA DE L'ARTICLE 37

Les textes de forme législative intervenus dans des matières autres que celles qui sont du domaine de la loi peuvent être modifiés par décrets en Conseil d'État. Ces décrets peuvent soit abroger les dispositions de forme législative pour les remplacer par des dispositions réglementaires, soit modifier directement les dispositions de forme législative par les nouvelles dispositions réglementaires.

Conformément au second alinéa de l'article 37 de la Constitution, il convient de distinguer selon que le texte législatif que l'on entend modifier est ou non intervenu sous l'empire de la Constitution de 1958. S'il est antérieur, il suffit que le décret soit pris en Conseil d'État. Dans le cas contraire, la saisine du Conseil d'État doit être précédée de la consultation du Conseil constitutionnel ou de la déclaration par celui-ci du caractère réglementaire de la disposition en cause dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité de la loi qui comporte cette disposition (voir sur ce dernier point, la décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005)

I. Modification de dispositions législatives antérieures à la Constitution de 1958

- Mise au point du projet au sein du ministère et discussions interministérielles ;

- Réunion interministérielle dans l'hypothèse où l'étape précédente a fait apparaître des désaccords, qu'il est alors demandé au cabinet du Premier ministre ou au Premier ministre de trancher ; les réunions interministérielles ne constituent pas le mode normal de travail interministériel ; elles ne doivent être sollicitées que pour arbitrer des différends préalablement circonscrits sur la base d'un dossier qui expose les tenants et les aboutissants ; elles peuvent conclure à la nécessité d'une étude d'impact (voir *fiche 1.1.2, étude d'impact*) ;

- Consultation des organismes dont l'avis est requis ou souhaité (voir *fiche 2.1.2, consultations préalables*) ; ces consultations ne peuvent en aucun cas être engagées avant que le texte du projet ait fait l'objet d'un accord entre les ministères intéressés ou d'une décision du Premier ministre ou de son cabinet ; dans ce dernier cas, la consultation a lieu sur la base du texte qui a été arrêté au cours de la réunion ou des réunions interministérielles ;

- Envoi, au secrétariat général du Gouvernement, qui est seul habilité à saisir le Conseil d'État, d'un dossier comprenant :

- * le projet de décret (sans omettre les intitulés, visas, article d'exécution et liste des ministres contresignataires) précédé d'un rapport (3 exemplaires) ;

- * les copies des lettres d'accord des ministres et secrétaires d'État intéressés ou le relevé de décisions établi à la suite d'un comité ou d'une réunion interministérielle tenus sous la présidence du Premier ministre ou d'un membre de son cabinet ;

- * les nom, qualité, adresse postale, adresse électronique le cas échéant et numéro de téléphone des fonctionnaires pouvant être désignés en qualité de commissaires du Gouvernement au Conseil d'État ;

* le cas échéant, les avis des organismes dont la consultation est requise ainsi que l'étude d'impact ;

*une disquette informatique contenant le projet de texte transmis avec son titre et son rapport de présentation.

Dans l'hypothèse où le Conseil d'État a été, par erreur, directement saisi par un ministère d'un projet de décret comportant le déclassement de dispositions législatives, le Conseil ne procède à son examen que si la saisine est régularisée par le secrétariat général du Gouvernement.

- Les projets de décret pris en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution sont soumis à l'examen de la section administrative compétente puis, en application de l'article R.123-20 du code de justice administrative, de l'assemblée générale du Conseil d'État. Toutefois, cet article prévoit que le vice-président du Conseil d'État peut décider de dispenser le projet du passage en assemblée générale ; il convient alors de mentionner dans les visas l'article R.123-20 du code de justice administrative.

- Une fois l'avis du Conseil d'État rendu, le secrétariat général du Gouvernement le communique au ministre auteur du projet en lui demandant son accord ou ses observations, puis recueille les contreproposés sur le texte retenu par le Gouvernement. Le choix du texte définitif est effectué dans les conditions habituelles pour les décrets en Conseil d'État (*voir fiche 2.4.4*).

2. Modification de dispositions législatives postérieures à la Constitution de 1958

S'agissant des textes intervenus après l'entrée en vigueur de la Constitution, il convient de saisir le Conseil constitutionnel avant le Conseil d'État.

- Les conditions de la saisine sont fixées par les articles 24, 25 et 26 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

Il appartient au Premier ministre, seul habilité à saisir le Conseil constitutionnel, d'apprécier l'opportunité de cette saisine, qui suppose que le Gouvernement a l'intention de modifier le texte après déclassement.

Il peut être demandé au Conseil constitutionnel de se prononcer sur le caractère législatif ou réglementaire d'un ou plusieurs articles de loi, d'un alinéa ou même de quelques mots seulement.

- Lorsqu'un département ministériel envisage un déclassement, il adresse au secrétariat général du Gouvernement un dossier complet en 16 exemplaires.

Ce dossier comprend :

*le texte de la disposition à déclasser : en pratique le ou les articles de la loi sont reproduits, en soulignant les mots dont le déclassement est demandé ;

* le texte que le Gouvernement se propose de prendre après le déclassement des dispositions en cause ; le Conseil constitutionnel attache du prix à ce que ce projet soit joint à la demande de saisine ;

* la copie (en deux exemplaires) des différents textes législatifs et réglementaires qui se rapportent à l'affaire et permettent d'en appréhender le contexte ;

*une note détaillée expliquant l'objectif recherché ;

* une note donnant tous les éléments de droit nécessaires pour justifier le caractère réglementaire de la disposition dont le déclassé est demandé, accompagnée des références de jurisprudence.

- Avant d'envoyer l'ensemble de ce dossier, le ministère intéressé saisit le secrétariat général du Gouvernement d'un dossier sommaire et examine avec lui l'opportunité et la formulation de la saisine.

- Une fois rendue la décision du Conseil constitutionnel sur le déclassé, le ministère intéressé saisit le secrétariat général du Gouvernement du projet de décret modifiant le texte déclassé, en vue de la saisine du Conseil d'État. La décision du Conseil constitutionnel doit être jointe au dossier établi conformément au I.

3. REDACTION DES TEXTES

FICHE 3.1.1**EXPOSE DES MOTIFS D'UN PROJET DE LOI**

Les projets de loi sont toujours précédés d'un exposé des motifs, destiné à éclairer le Parlement sur le sens et la portée des dispositions qui lui sont soumises.

Cet exposé des motifs ne doit, en aucun cas, être une paraphrase du texte du projet, ni être rédigé dans un style accessible aux seuls fonctionnaires ayant participé à son élaboration: il indique les raisons pour lesquelles celui-ci est soumis au Parlement, l'esprit dont il procède, les objectifs qu'il se fixe et les modifications qu'il apporte au droit existant.

L'exposé des motifs comporte en général deux parties :

- une partie générale présentant le contexte – historique, international, économique, social, juridique, etc. – dans lequel s'insère le projet ainsi que les principaux objectifs qu'il poursuit. Cette partie peut renvoyer, le cas échéant, à l'étude d'impact qui est transmise au Parlement en même temps que le projet ;

- une partie exposant, article par article, les dispositions proposées. Pour les textes longs, une explication par division (titre, chapitre) peut suffire.

L'exposé des motifs n'est pas soumis à la discussion des assemblées et n'est pas publié au Journal officiel. Il est toutefois mis en ligne sur Légifrance- dossiers législatifs , dès le dépôt du projet de loi au Parlement. Il constitue l'un des éléments des travaux préparatoires d'une loi, auquel le juge peut se référer en cas de doute sur les intentions du législateur.

FICHE 3.1.2

RAPPORT DE PRESENTATION D'UN PROJET DE DECRET OU D'UN PROJET D'ORDONNANCE

I. Contenu et portée

Les projets de décret et d'ordonnance sont toujours accompagnés d'un rapport de présentation qui obéit aux règles suivantes :

- il éclaire le signataire -Président de la République ou Premier ministre selon le cas- ainsi que les ministres contresignataires, sur les raisons pour lesquelles le texte est proposé et sur son contenu ;

- le cas échéant, il explique les raisons qui ont conduit à modifier la réglementation en vigueur et l'économie des dispositions prises en ce sens ; il peut renvoyer à l'étude d'impact si une telle étude a été réalisée ;

- il précise la teneur des articles essentiels du projet.

En vue de permettre aux services d'information des ministères de remplir leur mission, il convient, pour les textes ayant un effet pratique sur la vie quotidienne des administrés, de faire ressortir clairement dans le rapport de présentation :

- les objectifs poursuivis par le texte ;
- la description précise des mesures adoptées ;
- les conditions à remplir pour bénéficier de ces mesures.

Si le texte est un décret en Conseil d'État et qu'il est intégralement conforme à l'avis du Conseil d'État, il est d'usage que le rapport de présentation le précise.

Dans le cas où le décret doit être motivé (par exemple un décret portant dissolution d'un conseil municipal), la motivation prend la forme de « considérants » introduits dans les visas : des développements dans le rapport de présentation ne suffisent pas. Le rapport de présentation doit être soigneusement rédigé, mais il n'a pas de portée juridique propre. Ainsi, il a été jugé que « le rapport présenté au Président de la République en vue de l'examen d'une ordonnance en conseil des ministres, qui a pour objet de l'éclairer sur les raisons pour lesquelles le texte est proposé et sur son contenu, ne saurait être regardé, quels qu'en soient les termes, comme une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir » (CE, Section, 19 octobre 2005, Confédération générale du travail et autres).

II. Présentation

Rapport au Président de la République

Pour un texte présenté à la signature du Président de la République, le rapport doit commencer par les mentions :

« Rapport au Président de la République »

« Monsieur le Président de la République, »

et se terminer par les formules suivantes :

« Tel est l'objet du présent décret (de la présente ordonnance) que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation. »

« Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect »

Rapport au Premier ministre

Pour un décret du Premier ministre, le rapport doit commencer par la mention :

« Rapport au Premier ministre »

et se terminer par la formule suivante :

« Tel est l'objet du présent décret que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation. »

Dans les deux cas, le rapport n'est ni signé (CE, 28 juin 2000, Tête), ni daté.

III. Publication

Le rapport de présentation d'un texte apportant au droit existant des modifications importantes peut, sur décision du secrétaire général du Gouvernement, faire l'objet d'une publication au Journal officiel conjointement avec le texte lui-même.

Cette publication est parfois obligatoire pour les décrets en vertu d'une disposition particulière (ex : décrets pris en application des articles 27 et 48 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; décrets pris pour l'application de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances en vertu de l'article 56 de cette loi).

Cette publication est désormais systématique pour les ordonnances en application de l'article 2 de l'ordonnance du 20 février 2004 dans sa rédaction résultant de la loi du 9 décembre 2004 (voir fiche 2.3.4., ordonnances de l'article 38, signature et publication).

FICHE 3.1.3

L'INTITULE D'UN TEXTE

I. Considérations générales

Les lois et décrets comportent toujours un intitulé qui doit indiquer, de manière aussi claire, précise et concise que possible, l'objet essentiel du texte :

Ex. : « *Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce* ».

Il convient d'éviter les mots et expressions qui reflètent un point de vue subjectif sur le texte, notamment ceux qui traduisent des jugements de valeur ou expriment une ambition tels que « modernisation », « amélioration », « promotion », etc...

La numérotation qui figure dans l'intitulé est attribuée par le secrétariat général du gouvernement avant la publication. Le premier nombre est celui de l'année de parution ; le second un simple numéro d'ordre de sortie des textes. La date est celle de la promulgation s'il s'agit d'une loi, de la signature s'il s'agit d'une ordonnance ou d'un décret.

L'intitulé n'a aucune valeur normative.

L'intitulé reste normalement invariable, quelles que soient les modifications apportées ultérieurement au corps du texte primitif.

Si l'on souhaite toutefois modifier l'intitulé, par exemple dans le cas du changement de dénomination de l'organisme ou du corps de fonctionnaires dont le décret fixe le statut, il est nécessaire d'inclure une disposition en ce sens dans le projet de texte modificatif.

Exemples :

- décret n° 2004-1149 du 28 octobre 2004 modifiant le décret n° 68-376 du 26 avril 1968 portant création de l'Etablissement public de la Basse-Seine, article 1^{er} : « *Dans l'intitulé et à l'article 2 du décret du 26 avril 1968 susvisé, les mots : « Etablissement public de la Basse-Seine » sont remplacés par les mots : « Etablissement public foncier de Normandie* » ;

- décret n° 2002-512 du 12 avril 2002 modifiant le décret n° 96-35 du 15 janvier 1996 portant statut particulier des préposés sanitaires de services vétérinaires , article 1^{er} : « *L'intitulé du décret du 15 janvier 1996 susvisé est remplacé par l'intitulé suivant : « Décret portant statut particulier du corps des contrôleurs sanitaires des services du ministère de l'agriculture* ».

II. Cas particuliers

A. Texte transposant une directive européenne (voir fiche 4.1.3., règles de rédaction propres aux textes de transposition d'actes communautaires)

En principe, un texte portant transposition d'un acte communautaire ne mentionne pas cet objet dans son intitulé :

-s'agissant des lois, cette mention est ajoutée lors de leur publication au Journal officiel en tête des indications relatives aux travaux préparatoires ;

- s'agissant des ordonnances, décrets et arrêtés, cette information résulte du visa de l'acte.

B. Texte modifiant ou complétant un texte antérieur

Dans l'hypothèse très fréquente d'un texte modifiant ou complétant un texte antérieur, il convient en principe de faire apparaître dans l'intitulé du texte modificatif, s'il s'agit d'un texte réglementaire, une référence au texte à modifier.

Généralement, il suffit de désigner le texte modifié par son numéro, sa date et son intitulé, sans rien ajouter qui se rapporte à l'objet propre du nouveau texte :

Ex. : « *Décret n° 2002-1360 du 20 novembre 2002 modifiant le décret n° 2000-376 du 28 avril 2000 relatif à la protection des transporteurs de fonds* ».

Si l'on désire appeler l'attention sur la réforme que comporte le nouveau texte, il convient de mentionner l'objet de celle-ci puis de citer le texte modifié.

Ex. : « *Décret n° 2004-440 du 19 mai 2004 relatif aux commissaires du Gouvernement et modifiant le décret n° 84-709 du 24 juillet 1984* » ;

Cette formule est notamment utilisée quant l'intervention du nouveau texte conduit à modifier un code :

Ex. : « *Décret n° 2004-451 du 21 mai 2004 relatif aux pharmacies à usage intérieur et modifiant le code de la santé publique (partie réglementaire)* ».

Les textes modifiant des codes font apparaître entre parenthèses, après l'intitulé du code, la partie de celui-ci qui est modifiée.

Le souci de mettre en évidence l'objet essentiel du texte peut conduire à supprimer toute référence au texte à modifier. De même, quand le texte modifie ou complète plusieurs textes antérieurs, on s'abstient en général de mentionner ceux-ci dans son intitulé.

Pour mémoire, la notion de règlement d'administration publique ayant été supprimée par la loi organique n° 80-563 du 21 juillet 1980, la loi n° 80-514 du 7 juillet 1980 et le décret n° 80-621 du 31 juillet 1980, il convient de faire disparaître ces termes de l'intitulé des anciens règlements d'administration publique que l'on modifie. Ainsi, au lieu de : « *Projet de décret modifiant le décret n° ... portant règlement d'administration publique sur* », il y a lieu d'écrire : « *Projet de décret modifiant le décret n° ... relatif à* ».

A noter que ce qui précède vaut pour la modification des textes réglementaires. Il n'est en revanche pas d'usage de mentionner dans l'intitulé d'un projet de loi ou d'ordonnance modifiant ou complétant un texte législatif antérieur une référence au texte modifié. Ainsi, l'intitulé précité de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce s'en tient à la mention de cet objet, sans référence à la modification du code civil qu'elle entraîne.

C. Lois « portant diverses dispositions relatives à... »

En présence d'un projet de loi ayant pour objet de régler des questions diverses, l'intitulé « portant diverses dispositions relatives à... » est difficile à éviter. S'il est possible de

dégager un thème dominant ou sur lequel l'attention mérite d'être appelée, il est intéressant de préciser l'intitulé en faisant apparaître ce thème.

Ex : « *Loi n° 92-678 du 20 juillet 1992 relative à la validation d'acquis professionnels pour la délivrance de diplômes et portant diverses dispositions relatives à l'éducation nationale* ».

D. Lois de finances

Jusqu'à récemment, il était d'usage de donner aux lois de finances et lois de finances rectificatives l'intitulé spécial suivant: « loi de finances [rectificative] pour ... (n° ... du ...) ». Toutefois, depuis la loi de finances pour 2005, c'est la présentation habituelle des lois qui est retenue : « loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 ». Ce changement n'ayant évidemment pas de portée rétroactive, il convient, lorsque l'on se réfère dans un texte à une loi de finances ou à une loi de finances rectificative, de lui donner l'intitulé qui était le sien lors de sa publication ; les lois de finances et lois de finances rectificatives publiées antérieurement à 2004 conservent donc leur intitulé initial.

E. Déclarations d'utilité publique

L'intitulé d'un décret déclarant une opération d'utilité publique indique de manière précise l'opération dont il s'agit. Par exemple : « *Décret du 18 juin 2004 déclarant d'utilité publique le projet de création de la zone d'activités industrielles, artisanales et commerciales « Le Paradis » sur le territoire de la commune d'Avesnes-les-Aubert (Nord)* ».

F. Décrets individuels

L'intitulé doit respecter l'usage suivi par le Journal officiel qui, en général, ne fait pas apparaître le cas particulier qui est traité (nom de la ou des personnes en cause, par exemple). Lorsqu'elle s'avère souhaitable, la précision est donnée entre parenthèses à la suite de l'intitulé général : « *Décret portant modification (ou modifiant) des circonscriptions administratives territoriales (communes de X et de Y, département de Z)* ».

Toutefois, conformément à la circulaire n°5121/SG du 16 décembre 2005 du secrétaire général du Gouvernement, les décrets de nomination (et de fin de fonctions) doivent faire apparaître de la manière suivante le nom de la personne nommée et l'intitulé exact de ses fonctions:

« décret duportant nomination du préfet de [indication de département]- M.Nom (Prénom) ».

Ce mode de rédaction, appliqué à compter du 3 janvier 2006, n'est pas applicable :

- aux décrets de nomination collectifs ;
- aux décrets procédant à des actes de gestion (placement en position de détachement, de disponibilité ou hors cadre).

FICHE 3.1.4

LES MINISTRES RAPPORTEURS D'UNE ORDONNANCE OU D'UN DECRET

Des membres du Gouvernement font rapport (v. *fiche 3.1.2., rapport de présentation d'un projet de décret*) à l'auteur du texte qui est :

- le Président de la République pour ce qui concerne les ordonnances et certains décrets (les décrets délibérés en conseil des ministres et ceux qui ressortissent à sa compétence en vertu de la Constitution ou de la loi) ;

- le Premier ministre pour ce qui concerne les autres décrets.

Seuls ont la qualité de ministres rapporteurs les ministres principalement chargés d'élaborer la politique que le texte met en œuvre (voir CE Sect., 21 février 1958 Fédération nationale des travailleurs du sous-sol et les conclusions Jouvin au recueil p 122). Tous les ministres intéressés par le contenu du texte ou appelés à le contresigner ne sont pas rapporteurs. Normalement, un seul ministre suffit ; il ne sera jamais justifié de mentionner plus de trois ministres rapporteurs.

Si un texte particulier prévoit qu'un décret doit être pris pour son application sur le rapport d'un ministre chargé de tel ou tel secteur de l'action gouvernementale, ce ministre doit figurer au nombre des ministres rapporteurs. Il s'agit d'une condition de la légalité du décret : CE, Ass. 14 avril 1995, Caisse autonome de retraite des médecins français.

En principe, seuls les ministres et les secrétaires d'Etat dits « autonomes », c'est à dire qui ne relèvent pas d'un ministre, ont la qualité de ministres rapporteurs.

Les ministres délégués ou secrétaires d'Etat non « autonomes » ne sont pas mentionnés parmi les membres du Gouvernement chargés de faire rapport. Le texte est en ce cas pris sur le seul rapport du ministre auprès duquel le ministre délégué ou le secrétaire d'Etat est placé. Toutefois, lorsqu'un décret entre, par son objet, dans les attributions d'un secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre pour une matière qui relève de la compétence de ce secrétaire d'Etat, il est d'usage de le mentionner en qualité de rapporteur. Cela peut être notamment, le cas du secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre chargé de la fonction publique.

Le Premier ministre rapporte dans le cas de textes signés par le Président de la République. Le Premier ministre rapporte, seul, les décrets, pris en conseil des ministres, fixant les attributions des ministres.

Les ministres rapporteurs sont désignés avec leur titre officiel exact, tel qu'il figure dans le décret de nomination du Gouvernement, et dans l'ordre adopté par ce décret. Toutefois, il est d'usage de citer, en tête, celui (ou ceux) des ministres qu'un texte antérieur a spécialement désigné(s) pour contresigner le décret ou qui a (ont) la responsabilité essentielle de la matière traitée.

Le rapport de présentation n'a pas à être signé (CE, 28 juillet 2000 Tête). Il n'est pas daté non plus.

FICHE 3.1.5

LES VISAS D'UNE ORDONNANCE, D'UN DECRET OU D'UN ARRETE

I. Considérations générales sur les visas

Les projets de loi ne comportent pas de visas.

Les projets d'ordonnance, de décret et d'arrêté comportent des visas aux fins notamment de :

- justifier la compétence du Gouvernement ou du ou des ministres en la rattachant, s'il y a lieu, à la loi ou au décret qu'il s'agit de mettre en œuvre ;
- faire référence, le cas échéant, aux dispositions qui ont prévu, en la circonstance, l'intervention du Conseil d'Etat ou d'autres institutions ou organismes ;
- mettre en évidence les textes dont le projet doit faire application ou qu'il doit transposer.

Les visas n'ont pas de portée juridique propre. L'omission d'un visa ou une erreur dans les visas est sans influence sur la légalité de l'acte (CE Sect. 28 juin 1974, Charmasson). Néanmoins, les visas doivent être soigneusement rédigés car ils rendent compte des textes dont le projet fait application, qu'il modifie ou complète ainsi que du respect des procédures de consultation.

A noter cependant que le Conseil d'Etat se fonde sur la seule présence, dans les visas, de la mention « *Le Conseil d'Etat entendu,* » pour juger qu'il est en présence d'un décret en Conseil d'Etat ne pouvant être modifié que par un tel décret (CE, Ass. 3 juillet 1998, Syndicat national de l'environnement CFDT et autres).

Les visas d'un texte ne sont jamais modifiés ; on ne peut donc y trouver de mention d'un texte postérieur à sa version initiale. Les visas d'un texte modificateur ne s'incorporant pas dans ceux du texte modifié, on prendra garde à ne pas qualifier de susvisé dans les dispositions modifiées de ce dernier un texte qui n'est pas mentionné dans ses propres visas.

II. Visa des textes

A. Les textes qu'il convient de viser

Doivent être visés les textes qui servent de fondement juridique aux dispositions du projet ou auxquelles celles-ci dérogent ainsi que les textes qui y sont cités ou mentionnés. Il peut aussi être utile de viser un texte qui détermine le champ d'application d'une disposition du projet, par exemple un texte qui définit les catégories de personnes pour lesquelles le projet crée des droits ou des obligations.

Les visas d'un projet modifiant un autre texte ne comportent que les visas pertinents par rapport aux dispositions modifiées. Le texte que le projet a pour objet de modifier ou de compléter est toujours visé.

On vise un texte que le projet abroge partiellement, mais jamais un texte que le projet abroge entièrement.

On ne vise pas un texte ayant eu pour seul objet de modifier un texte antérieur : c'est ce dernier qui sera visé, avec le cas échéant (cf. infra) la mention de ses modifications.

Une ordonnance de codification (pour la partie législative d'un code) ou un décret de codification (pour la partie réglementaire) ne doit pas viser les textes mentionnés ou cités dans le code qui lui est annexé. Par exception à la règle habituelle, on ne vise pas non plus dans une telle ordonnance ou un tel décret les textes faisant l'objet d'une abrogation partielle à l'occasion de leur codification, sauf s'ils sont très peu nombreux.

Lorsqu'un texte est pris pour l'application d'un règlement communautaire ou la transposition d'une directive communautaire, il convient de viser le règlement ou la directive.

Quand un texte a été codifié, il convient de viser le code, en précisant autant que possible la division ou les articles du code auxquels il est fait référence. Il convient toutefois de veiller à viser les articles non codifiés de textes dont l'essentiel est codifié dès lors que les dispositions du projet font application de ces articles non codifiés.

Si le projet est un projet de décret pris pour l'application d'une loi ayant modifié un code, il peut être utile de viser non seulement le code mais aussi la loi lorsque cette mention facilite la compréhension du texte du projet. Le visa d'une loi ayant modifié un code est également utile pour assurer un meilleur suivi de son application :

« Vu le code, notamment son article X, dans sa rédaction résultant de l'article Y de la loi n° - du ... »

S'agissant d'un décret en Conseil d'Etat, il est d'usage, quand cela est possible, de mentionner expressément la disposition qui a prévu l'intervention d'un tel décret.

En principe, dans un décret en Conseil d'Etat, on ne vise pas un décret simple. Si la compréhension du projet l'exige, il convient de viser la loi sur le fondement de laquelle le décret simple a été pris. Ce n'est qu'à défaut et si cela apparaît indispensable que le décret simple peut être visé.

De même, dans un décret, on ne vise pas un arrêté ministériel ou interministériel, sauf en matière de délégation de signature lorsqu'un arrêté détermine un élément de la délégation.

Lorsqu'un décret doit, pour l'exécution d'une décision de justice, comporter des dispositions d'effet rétroactif, il convient de mentionner la décision de justice dans les visas.

B. Modalités de rédaction des visas de texte

Chaque texte visé, sauf s'il s'agit d'un code, est désigné par son numéro (un texte antérieur à 1940 ne comporte toutefois pas de numéro), sa date et son intitulé complet et exact, tel qu'il figure au Journal officiel. Un code est visé uniquement par son titre, sans référence au texte dont il procède. Les règlements d'administration publique ayant été supprimés, il y a lieu, le cas échéant, de viser *« le décret n°.....durelatif à »* et non *« le décret n°.....du..... portant règlement d'administration publique sur »*

Les grands textes statutaires applicables conjointement peuvent être réunis dans un même visa par la formule : *« ensemble »*. Par exemple : *« Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, ensemble la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale »*.

Si le texte qui doit être visé a subi des modifications, il est d'usage de mentionner expressément les textes modificatifs dans la limite de trois, avec l'indication de leur n° et de leur date, mais non de leur intitulé.

Si le texte a subi plus de trois modifications, on se borne à le signaler par la mention « modifié(e) » placée après sa date et avant son objet : « *Vu (la loi le décret) n° ...du ...modifié(e) ...* ».

Cette règle connaît des exceptions dans deux cas :

D'une part, lorsque l'un des textes modificatifs comporte des articles indépendants de ceux du texte à modifier et dont le visa est nécessaire.

D'autre part, lorsqu'il est fait application d'une disposition qui résulte précisément d'un seul des textes modificatifs, ou que l'on modifie cette seule disposition ; les formules suivantes peuvent alors être utilisées :

« *Vu le décret n° ...du ...relatif à.....modifié notamment par le décret n° ... du ...* » ;

« *Vu le décret n° ...du ...relatif à.....modifié en dernier lieu par le décret n° ... du ...* » ;

« *Vu le décret n° ...du ...relatif à.....modifié, notamment son article ... dans la rédaction que lui a donnée le décret n° ... du ...* ».

Lorsqu'il apparaît utile de mettre en exergue certains articles ou certaines divisions d'un texte visé, l'usage est de les mentionner ainsi : « *Vu le code civil, notamment son article 1er* ».

III. Visa des consultations

Les avis des organismes dont la consultation est obligatoire sont toujours visés, avec leur date, immédiatement après l'ensemble des textes visés et avant la mention de la consultation du Conseil d'Etat.

Si l'avis a été légalement émis par une formation restreinte ou spécialisée de l'organisme consulté, il est d'usage d'utiliser une formule du type : « *Vu l'avis du conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat (commission des statuts)* » plutôt que la formule : « *Vu l'avis de la commission des statuts du conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat* ».

Lorsque l'organisme n'a pas émis d'avis dans le délai qui lui était imparti par les dispositions législatives ou réglementaires, et qu'il est alors réputé s'être prononcé, il convient de viser l'acte par lequel l'organisme a été saisi en utilisant la formule : « *Vu la saisine du ... en date du...* ». Dans ce cas, le visa est placé, le cas échéant, après celui des avis qui ont été effectivement rendus (mais avant la mention de la consultation du Conseil d'Etat).

On peut toutefois viser un avis rendu hors délai mais en temps utile pour être pris en compte. Dans le cas d'une ordonnance ou d'un décret en Conseil d'Etat, un avis rendu hors délai ne peut être visé que s'il est intervenu avant la délibération du Conseil d'Etat.

Il n'est pas fait mention des avis facultatifs à l'exception de ceux rendus par le Conseil d'Etat.

Dans le cas d'un projet de décret pris en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution modifiant un texte de forme législative intervenu postérieurement à l'entrée en

vigueur de la Constitution, il y a lieu de viser la décision du Conseil constitutionnel par la formule : « Vu la décision du Conseil constitutionnel n°... du ... ».

S'agissant des projets d'ordonnance et de décret en Conseil d'Etat, la consultation du Conseil d'Etat est visée, selon le cas, par la formule :

- « *Le Conseil d'Etat entendu*, » , réservée au cas où une ordonnance, ou plus rarement un décret en Conseil d'Etat, a été soumis à l'assemblée générale du Conseil d'Etat ou à sa commission permanente ;

- « *Le Conseil d'Etat (section...) entendu*, » ou « *Le Conseil d'Etat (sectionet sectionréunies) entendu*, » , dans l'hypothèse où la consultation du Conseil d'Etat est obligatoire et où le texte a été examiné par une section administrative ou par deux sections administratives réunies ;

- « *Après avis du Conseil d'Etat (section...)* » quand le Conseil d'Etat est consulté sans que la consultation revête un caractère obligatoire ;

- « *Sur l'avis conforme du Conseil d'Etat (section...)* » si un décret ne peut être pris que sur l'avis conforme du Conseil d'Etat.

A noter que lorsqu'un décret en Conseil d'Etat comporte des dispositions qui relèvent du décret simple, la formule « *Le Conseil d'Etat entendu*, » ou « *Le Conseil d'Etat (section...) entendu*, » est maintenue pour l'ensemble du texte (voir fiche 1.3.3., les différentes catégories de décrets).

IV. Ordre des visas

Les textes sont visés en premier, puis les consultations des organismes dont la consultation est obligatoire et, à la fin, s'il y a lieu, l'intervention du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et celle du conseil des ministres.

L'ordre de présentation des textes visés procède en principe d'un classement hiérarchique, les textes d'une même catégorie étant classés selon l'ordre chronologique. Les codes sont normalement placés avant les lois.

Sous les réserves énoncées ci-après, le classement hiérarchique est le suivant :

- 1) la Constitution,
- 2) les conventions internationales,
- 3) les règlements et directives communautaires,
- 4) les lois ou ordonnances organiques,
- 5) les codes (y compris les codes purement réglementaires),
- 6) les lois et les ordonnances ayant de plein droit valeur législative (ordonnances du Gouvernement provisoire et ordonnances de l'article 92 de la Constitution de 1958)
- 7) les ordonnances de l'article 38,
- 8) les décrets.

Lorsqu'un décret est pris en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution (décret dit de « déclassement »), la mention : « Vu la Constitution, notamment le second alinéa de son article 37 » doit figurer en tête des visas.

Si un projet édicte des peines contraventionnelles, la mention : « Vu le code pénal, notamment son article R. 610-1 » est généralement reportée à la fin du visa des textes. Toutefois, si d'autres codes sont également visés, elle est placée après le visa des codes afin de ne pas scinder en deux groupes le visa des codes.

Les codes sont normalement visés selon l'ordre alphabétique, sans préséance pour les codes généraux, comme le code général des collectivités territoriales. Toutefois, il est d'usage de viser en premier les codes tenus pour les plus éminents en raison de l'histoire ou de leur matière : le code civil et le code pénal (ce dernier sous réserve de ce qui a été noté plus haut).

Lorsqu'il y a lieu de viser des textes communautaires de droit dérivé, les règlements précèdent les directives.

La mention : « *Vu la décision du Conseil constitutionnel* » se place avant la mention : « *Le Conseil d'Etat entendu,* » ou « *Le Conseil d'Etat (section....) entendu,* ».

Les consultations sont visées dans l'ordre chronologique en commençant par les avis explicitement rendus puis par le visa des lettres de saisine pour les organismes qui n'ont pas rendu d'avis. La mention : « *Le conseil des ministres entendu,* » est placée à la fin de tous les visas ; la mention : « *Le Conseil d'Etat entendu,* » ou « *Le Conseil d'Etat (section....) entendu,* » est placée à la fin de tous les visas mais avant, le cas échéant, la mention : « *Le conseil des ministres entendu,* ».

FICHE 3.2.1.

LES DIFFERENTS TYPES DE PLAN

I. Adaptation du plan à l'objet du texte

Il n'y a pas de plan type. Chaque texte doit être organisé de la façon la plus adaptée à son objet.

A. Plans consacrés

Il y a néanmoins des plans consacrés pour certaines catégories de textes :

- un décret relatif à un corps de fonctionnaires comporte le plus souvent les cinq mêmes rubriques : dispositions générales, qui définissent les missions du corps et les emplois auxquels ses membres ont vocation à être nommés ; recrutement ; avancement ou déroulement de carrière ; le cas échéant, dispositions relatives au classement ; dispositions transitoires et finales (voir fiche 5.2.10 et, par exemple le décret n° 97-151 du 13 février 1997 portant statut particulier du corps des attachés des services déconcentrés du ministère de la culture) ;

- un texte relatif à la création d'un établissement public traite successivement des dispositions générales (dénomination, nature, missions...), de l'organisation et du fonctionnement, du régime financier, des dispositions transitoires et finales (voir fiche 5.2.3 et, par exemple le décret n°2004-1350 du 9 décembre 2004 relatif au statut de l'établissement public du musée du quai Branly) ;

- un texte créant un organisme ou fixant les règles applicables à un organisme créé par la loi traite successivement des missions (ou attributions), de la composition, du fonctionnement et des dispositions finales et transitoires (voir par exemple le décret n°2004-978 du 17 septembre 2004 relatif au comité paritaire de France Télécom) ;

- un texte relatif à une décision prise, sur demande, par une autorité administrative est organisé en général selon un plan principalement chronologique : définition du champ d'application ; présentation et caractéristiques de la demande ; instruction de la demande et modalités d'intervention et de publicité de la décision ; le cas échéant, conditions et modalités de retrait ou d'abrogation de la décision.

Il y a lieu pour le rédacteur d'un texte de rechercher les précédents transposables. On trouve facilement, à cet égard, de nombreux exemples notamment dans les plans retenus par les codes.

B. Autres cas

Il y a lieu de respecter quelques règles simples :

- si un texte ou partie du texte doit traiter de règles applicables à plusieurs catégories d'organismes, de services, d'agents ou de domaines, dont certaines sont communes et d'autres différenciées, il y a lieu de commencer par les « *dispositions communes* », puis de présenter successivement les dispositions relatives à chaque catégorie (voir par exemple le décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements, qui comporte logiquement les trois titres suivants : « *Dispositions communes* » ; « *Dispositions relatives à l'organisation de services de l'Etat dans la région* » et « *Dispositions relatives à l'organisation des services de l'Etat dans le département* »).

- il y a toujours lieu de traiter en premier dans un texte ce qui en constitue l'objet principal, le plus souvent sous la rubrique « *dispositions générales* » ; par la suite les différents types de dispositions viennent en fonction du sujet traité.

- lorsqu'un texte comporte, à côté des dispositions relevant de rubriques clairement identifiables et regroupées sous ces rubriques, des dispositions particulières ou isolées, il est toujours possible de prévoir dans le plan une rubrique spéciale intitulée « *dispositions diverses* ». Il ne faut cependant pas en abuser, car cela peut aller à l'encontre de la clarté du texte. Ces dispositions diverses sont à distinguer des « *dispositions transitoires et finales* », qui regroupent les dispositions relatives à l'entrée en vigueur du texte et aux abrogations éventuelles. Encore doit-on relever qu'il peut arriver que l'on regroupe aussi sous cette rubrique de « *dispositions diverses* », les dispositions transitoires et finales.

- il est d'usage de faire figurer, le cas échéant, les dispositions pénales en fin de texte, avant les dispositions transitoires et finales. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions relatives à l'outre-mer.

II. Plan à retenir en cas de modification d'un texte

Lorsqu'il s'agit de modifier un texte et plus spécialement de modifier des dispositions codifiées, il y a lieu, en principe, d'adopter le plan et l'ordre des articles du texte à modifier.

Cependant, il peut apparaître utile, au cas en particulier de modification de dispositions législatives, pour la bonne présentation des nouvelles dispositions tant au Parlement que devant le public, de regrouper les articles modificatifs par thème, même si cela conduit à s'écarter de l'ordre des articles retenus par le code.

Le Conseil d'Etat l'admet en particulier lorsqu'il s'agit de modifier un grand nombre de dispositions d'un code, dans le cadre de la définition et de la mise en œuvre d'une politique gouvernementale nouvelle, qui entend infléchir selon des orientations précises le dispositif existant. (Voir pour un exemple la loi n° 2004-810 du 3 août 2004 relative à l'assurance maladie, dans laquelle les modifications du code de la sécurité sociale ont été regroupées sous une série de rubriques correspondant aux principaux axes de la politique gouvernementale sans reprendre les subdivisions des codes modifiés.)

FICHE 3.2.2.

LA DIVISION DU TEXTE

I. Division en titres, chapitres, sections et articles

Un texte long ou traitant de sujets multiples est normalement divisé en titres, chapitres, sections et articles. Seuls les codes justifient, en amont des titres, une division en parties et en livres.

- Dans un texte court ou relatif à un sujet unique, le recours à la seule subdivision en articles est le plus souvent suffisant. Encore doit-il être relevé que pour un décret dont le seul objet est de modifier plusieurs articles d'un même décret, il peut être utile, si le décret modificatif doit comporter des dispositions particulières d'entrée en vigueur des diverses modifications, de prévoir deux chapitres : un chapitre I^{er} consacré aux « *dispositions modifiant le décret n°.....du.....* » et un chapitre II consacré aux « *dispositions finales* » et réglant la question de l'entrée en vigueur des dispositions modifiées.

- Dans un même texte, un chapitre peut comporter des sections et un autre, non.

Exemple : Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 simplifiant certaines dispositions du droit des entreprises et de l'activité commerciale : « *Titre 1^{er} : Dispositions relatives aux coopératives de commerçants et d'artisans.* Articles numérotés 1 à 9 (Pas de section). *Chapitre II : Dispositions relatives à la location gérance du fond de commerce.* Un article numéroté 10 (Pas de section). *Chapitre III : Dispositions relatives aux sociétés à responsabilité limitée. Section 1 – Augmentation du nombre maximal des associés.* Un article numéroté 11 – *Section 2. – Emission d'obligations.* Un article numéroté 12. *Section 3 – Formalités de cession de parts sociales.* Articles numérotés 13 et 14..... *Titre II Dispositions relatives à l'activité commerciale... »*

- La division en « paragraphes » ou le recours au signe « § » sont à proscrire, à moins qu'ils ne se trouvent déjà utilisés dans le texte où l'on propose d'insérer une division correspondante.

Exemple : le décret n° 98-1148 du 16 décembre 1998 qui ajoute un « *paragraphe 4* » à l'article 72 du décret n° 95-589 du 6 mai 1995 relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, et qui comporte de très nombreuses subdivisions en paragraphes.

Si en revanche, le texte comportant des paragraphes n'est pas modifié, mais remplacé par un nouveau texte, ce dernier ne doit pas reprendre la division en paragraphes ; voir en ce sens le décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires qui remplace le décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974.

II. L'article

L'unité de base d'un texte normatif est l'article. Il est souhaitable de n'énoncer qu'une règle par article. Mieux vaut recourir à plusieurs articles qu'à des articles trop longs ou devant, par suite, comporter de nombreuses subdivisions.

Il y a lieu au demeurant de rappeler que lorsque le Parlement débat d'un projet de loi et procède au vote, il le fait article par article. La clarté et la cohérence du contenu de l'article facilitent le débat et l'expression du vote.

Les articles sont numérotés dans l'ordre.

Pour insérer un ou plusieurs articles qui se suivent à une place déterminée dans un texte que l'on modifie, on affecte à cet article ou à ces articles le numéro de celui qui le ou les précèdera dans le texte modifié, suivi d'un tiret et d'un numéro additionnel.

Exemples : entre les articles 23 et 24, on insérera des articles 23-1, 23-2, 23-3 ; entre les articles 42-2 et 42-3, on insérera les articles 42-2-1, 42-2-2, etc.

Toutefois, si le texte antérieur avait adopté l'usage des signes bis, ter, ... (par exemple, le code général des impôts), on se conformera à cet usage.

On évitera, dans la mesure du possible, de « dénumérer » des articles, c'est-à-dire de donner un nouveau numéro à des articles existants, en particulier lorsqu'on modifie un code, notamment en raison des références à des articles qui peuvent figurer dans d'autres textes.

III. Subdivisions de l'article

A. Subdivisions précédées d'un chiffre romain

Un article comporte parfois plusieurs subdivisions précédées chacune d'un chiffre romain : I, II, III, etc., divisées souvent elles-mêmes en alinéas. Si l'on entend se référer à l'une seulement de ces subdivisions, il convient d'écrire, par exemple, « *le II de l'article X* » ou « *le deuxième alinéa du II de l'article X* » ou encore « *le 2° du II de l'article X* » et non l'article X.II ou l'article X.II.2°.

Cependant, lorsque de telles subdivisions apparaissent nécessaires au rédacteur, cela signifie généralement que l'article est trop long et comporte l'énoncé de règles différentes, de sorte qu'il est préférable alors de le découper en plusieurs articles.

Il n'est, par ailleurs, pas d'usage d'utiliser les chiffres romains comme éléments d'une énumération. On n'écrit donc pas :

« Article x : L'article L.... du code de commerce est ainsi modifié :

I – La première phrase du premier alinéa est remplacé par...

II – Il est ajouté un sixième alinéa... »

B. Alinéas

Un article peut comporter plusieurs alinéas.

- Constitue un alinéa toute phrase, tout mot, tout ensemble de phrases ou de mots commençant à la ligne, précédés ou non d'un tiret, d'un point, d'une numérotation ou de guillemets sans qu'il y ait lieu d'établir des distinctions selon la nature du signe placé à la fin de la ligne précédente (point, deux points ou point virgule).

Cette définition, traditionnellement retenue par le Parlement, n'a été reprise par le Conseil d'Etat et le Gouvernement, pour les textes réglementaires, qu'à partir de l'année 2000. Jusqu'à cette date, il n'était procédé à la computation d'un nouvel alinéa que lors de chaque passage à la ligne faisant suite à un point. A contrario, étaient regardés comme la suite du même alinéa les termes venant après une phrase introductive qui étaient renvoyés à la ligne, soit parce qu'ils constituaient les éléments d'une énumération, soit parce qu'ils étaient destinés à s'insérer dans un autre texte.

Dans ces conditions, coexistent dans le droit positif, des textes réglementaires appliquant l'un et l'autre décompte, selon la date à laquelle ils ont été adoptés. C'est pourquoi il est indispensable qu'à l'occasion des modifications apportées à un texte rédigé sous l'empire de l'ancienne règle, il soit veillé à ce que sa lecture ne prête pas à ambiguïté selon que l'on applique l'ancien ou le nouveau mode de décompte des alinéas. Si tel était le cas, il conviendrait de revoir cette rédaction, par exemple, en recourant à la numérotation des dispositions auxquelles il est renvoyé.

En tout état de cause, il y a lieu d'éviter la coexistence, au sein d'un même texte, de dispositions utilisant alternativement l'un et l'autre mode de décompte. S'agissant des dispositions dont l'ampleur est telle que ce travail de révision n'apparaît pas possible, notamment le code général des impôts et les codes dont la partie réglementaire a déjà été adoptée, il convient de s'efforcer, à tout le moins, de rédiger les modifications à venir de telle sorte qu'il n'existe pas d'ambiguïté dans les renvois opérés.

- La référence à la notion d'alinéa dans la rédaction des textes se révélant souvent mal commode ou ambiguë, il convient le plus possible d'agencer le contenu des articles comportant plusieurs alinéas, en utilisant, en tête d'alinéa, des chiffres ou des lettres et en excluant les simples tirets. Les renvois à ces alinéas pourront alors se faire par référence à un chiffre ou une lettre (par exemple : « *les dispositions du b) du 2° de l'article... entrent en vigueur à compter du...* »).

- Lorsqu'au sein d'un même article, il est fait référence dans un alinéa donné à l'alinéa qui précède ou à celui qui suit, il est préférable d'éviter l'expression « alinéa qui précède » ou « alinéa qui suit » et de se référer soit à la place de l'alinéa dans l'article (premier, deuxième...), soit au chiffre ou à la lettre comme indiqué au b) ci-dessus. Il en est de même lorsqu'il est fait référence dans un article donné à l'article qui précède ou à celui qui suit.

FICHE 3.2.3.

LES ANNEXES

Les textes peuvent comporter des annexes. Ces annexes sont de nature juridique variable. Certaines ont la même valeur juridique que le texte lui-même, et appellent donc, pour leur rédaction, la même rigueur que celle apportée à la rédaction de celui-ci. D'autres n'ont qu'une valeur indicative.

I. Annexes à une loi

Ces annexes ne revêtent de portée juridique que lorsqu'elles constituent en réalité l'objet même de la loi (ainsi des codes annexés aux lois ou ordonnances de codification) ou lorsqu'elles précisent des dispositions contenues dans le corps de la loi et qui leur font renvoi, comme c'est le cas des états annexés à la loi de finances.

N'ont inversement aucune portée juridique les documents annexés à des lois destinées à présenter des orientations ou programmes sur lesquels le Gouvernement souhaite s'engager et faire prendre position à la représentation nationale ; les lois en cause sont le plus souvent qualifiées de lois d'orientation ou lois de programmation (CE Ass., 5 mars 1999 Confédération générale des groupes autonomes de l'enseignement public pour une loi d'orientation). Il en va de même pour les annexes à la loi de financement de la sécurité sociale (CE, Ass. 5 mars 1999, M. Rouquette et autres) et CC décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002).

Il convient donc de limiter au strict minimum le contenu des articles du projet de loi approuvant les annexes énonçant ces orientations ou programmes et de ne pas faire figurer dans celles-ci des dispositions se présentant à tort comme normatives, telles les dispositions renvoyant à un décret en Conseil d'Etat le soin de préciser tel ou tel régime.

On rappellera en outre que seules certaines catégories de lois - lois de programme de caractère économique et social, lois de plan, lois de finances et lois de financement de la sécurité sociale- peuvent comporter des orientations, notamment dans des rapports annexés, n'ayant aucune portée normative (Décisions n° 2002-460 DC du 22 août 2002 et 2005-512 DC du 21 avril 2005). Les rapports annexés à une loi ne peuvent donc être admis que dans cette limite, sauf à ce que, comme il a été dit ci-dessus, l'annexe constitue l'objet même de la loi (loi de codification).

Les annexes à un texte de loi organisant une consultation des électeurs sur telle ou telle question, notamment en application de l'article 72-1 de la Constitution, lorsqu'il est envisagé de doter une collectivité d'un statut particulier ou de modifier son organisation sont soumises à un régime juridique particulier. L'annexe est destinée alors à présenter aux électeurs de la collectivité les orientations proposées pour l'organisation institutionnelle de celle-ci ou sa modification. Le contenu de cette annexe doit répondre aux exigences de loyauté et de clarté de la consultation imposées par le Conseil constitutionnel. Le Conseil d'Etat en déduit que les dispositions de l'annexe doivent s'en tenir aux éléments de fait et de droit objectifs nécessaires pour éclairer les électeurs. Le Conseil d'Etat exerce sur ces dispositions le même contrôle que sur le texte de loi lui-même.

II. Annexes à un texte réglementaire

Ces annexes sont de portée et de contenu plus variés.

Il y a lieu de distinguer :

- les tableaux, cartes ou listes qui pourraient trouver leur place dans le texte, mais l'alourdiraient et en compliqueraient la lecture ; ces annexes ne se distinguent en rien du texte lui-même et ont par conséquent la même valeur juridique que celui-ci.

Ces documents sont en principe soumis de ce fait aux mêmes règles d'élaboration que le texte auquel ils sont annexés.

- les textes qui ont leur propre autonomie rédactionnelle et juridique, mais auxquels il s'agit de donner une portée particulière.

Il en va ainsi des actes contractuels que le pouvoir réglementaire doit agréer, l'acte d'agrément déterminant le plus souvent leur date d'entrée en vigueur et, le cas échéant, leur champ d'application ; tels par exemple les arrêtés d'agrément des conventions des professions médicales ou paramédicales ou les arrêtés d'extension des conventions collectives. Actes contractuels et actes d'agrément sont de nature juridique différente et émanent d'auteurs distincts ; ils ont l'un comme l'autre leur propre portée juridique.

Il en est de même des statuts d'une association ou d'une fondation, dont le contenu conditionne l'octroi à celles-ci d'une reconnaissance par décret de leur caractère d'utilité publique et qui se trouvent dès lors annexés au décret accordant cette reconnaissance, après que le Conseil d'Etat s'est assuré que ce contenu ne faisait pas obstacle à cette dernière ; toute modification de ces statuts appelle la même approbation par décret en Conseil d'Etat.

- les textes qui ne constituent que des guides ou des références et destinés à encadrer la gestion administrative ou les relations entre l'administration ou les usagers. Ainsi des textes appelés à servir de modèle à de futurs actes, notamment contractuels : par exemple, le décret n°94-365 du 10 mai 1994 relatif aux établissements de transfusion sanguine fixe dans son annexe le statut-type des établissements constitués sous forme de groupement d'intérêt public.

FICHE 3.3.1.
SYNTAXE, VOCABULAIRE, SIGLES ET SIGNES

La rédaction d'un projet de texte et du document qui l'accompagne (exposé des motifs ou rapport de présentation) doit être claire, sobre et grammaticalement correcte.

I. La langue française

Il convient de n'employer que des termes appartenant à la langue française. Le recours à tout terme étranger ou à toute expression étrangère est à prohiber, dès lors qu'il existe une expression ou un terme équivalent dans la langue française.

Les termes latins doivent, dans les mêmes conditions, être évités, y compris ceux appartenant au langage courant ; ainsi des expressions « *in fine* », « *in situ* », « *a contrario* », « *ex nihilo* », « *de jure* » ou « *cursus* », qui trouvent une traduction aisée en français. Cette règle n'est toutefois pas sans exceptions, dès lors que le terme latin est difficilement traduisible. Par exemple les lois portant amnistie comportent habituellement, à côté de l'amnistie « *à raison de la nature de l'infraction ou des circonstances de sa commission* », une amnistie « *à raison du quantum ou de la nature de la peine* » ; de même les termes « *a priori* » ou « *a posteriori* » (sans accent) ainsi que « *référendum* » gardent toute leur place....

Il y a lieu également d'éviter les anglicismes, tel l'emploi du verbe « *présumer* » pour « *supposer* »...

On trouvera sur le site internet de la délégation générale à la langue française et aux langues de France (www.culture.gouv.fr/culture/dglf) la liste des principaux textes relatifs à l'usage du français dans les publications officielles.

Pour que le texte soit clair, il faut dans toute la mesure du possible écrire des phrases simples, en évitant tout particulièrement la multiplication de subordonnées et d'incidentes emboîtées, les doubles négations et les accumulations de substantifs. On évitera également le recours au « *et/ou* ».

II. Temps et mode

En règle générale, les verbes sont conjugués au présent et non au futur. Le présent a valeur impérative.

Exemple : A propos d'une évaluation qui doit avoir lieu au terme d'une expérimentation, on ne dit pas « *Il sera procédé à une évaluation* », mais « *Il est procédé...* ».

Il n'y a pas lieu, sous prétexte de renforcer le caractère impératif d'une obligation, de recourir au mot « *doit* » ; le simple présent du verbe principal suffit.

Exemple : on n'écrit pas « *Les fédérations sportives doivent transmettre (telle) information aux ligues professionnelles* », mais « *transmettent* ».

Le mode est impersonnel : « *Il est institué...* », « *Il y a lieu...* ».

Lorsque des dispositions sont insérées dans un code, ce qui est appelé à devenir la règle, elles doivent revêtir le caractère intemporel de celui-ci. Par suite, on n'écrit pas : « *il est institué une commission nationale de... chargée de...* », mais « *la commission nationale... est chargée de...* ».

Il y a lieu d'éviter les expressions abstraites : plutôt que « *assurer la réalisation* », on écrira « *réaliser...* ».

III. Abréviations, sigles et nombres

- Est à éviter dans les lois et décrets l'usage :

- * d'abrégements ;
- * de mots entre parenthèses ;
- * de notes en bas de page.

- L'utilisation des sigles est normalement proscrite. Le recours à un sigle peut toutefois être admis si celui-ci est d'usage courant et a été développé dans le texte la première fois qu'il a été employé.

Exemple : Le plan d'organisation des secours, plus connu sous le nom de plan ORSEC, dont les conditions de mise en œuvre sont définies dans la loi relative à la modernisation de la sécurité civile et qui y est cité à 22 reprises. A l'article 2 de la loi, il est fait mention du plan et du sigle : « *Il est établi dans chaque département et dans chaque zone de défense un plan d'organisation des secours dénommé plan ORSEC* ». Ensuite, il n'est plus question que « *du plan ORSEC* ».

On notera en revanche que, dans le même texte, pas plus que dans le code général des collectivités territoriales, « *les services départementaux d'incendie et de secours* » n'apparaissent sous forme de sigle.

Le recours au sigle doit être plus particulièrement évité pour des autorités ou organismes ; il est préférable de répéter « *le Conseil supérieur de l'audiovisuel* » ou « *la Commission nationale de l'informatique et des libertés* » plutôt que de recourir aux sigles CSA ou CNIL.

- Pour les sommes et les nombres, voir les règles fixées à l'annexe II.

IV. Ponctuation

La publication de textes à la ponctuation défectueuse suscite des incertitudes sur le sens à leur donner et engendre donc des contentieux. La présence ou l'absence d'une virgule peut ainsi modifier le sens d'un texte.

Il n'est pas équivalent d'écrire que sont publiés au Journal officiel de la République française « *les décrets et les autres actes pour lesquels une loi ou un décret le prévoit* » ou « *Les décrets et les autres actes, pour lesquels une loi ou un décret le prévoit* ». Dans le premier cas, tous les décrets doivent être publiés au J.O. ; dans le second cas, seuls ceux pour lesquels une loi ou un décret le prévoit.

Le Conseil d'Etat procède à une application très stricte des textes, dans le respect de la ponctuation retenue. Ainsi, au vu des dispositions d'une loi du 9 avril 1935 prévoyant pour un avancement de grade que les candidats doivent « *justifier de connaissances générales techniques et tactiques...* », il a jugé que « *les connaissances générales dont doivent justifier les intéressés sont celles qui concernent les matières techniques et tactiques* » et que donc le ministère compétent ne pouvait, faute d'une virgule entre les mots « *générales* » et « *techniques* » instituer « *une épreuve* ».

distincte ayant pour objet l'appréciation du niveau de culture générale... » (Section, 3 juillet 1959, Feldzer).

Les quelques règles suivantes doivent être tout particulièrement respectées :

- on ne fait jamais précéder d'une virgule une conjonction de coordination (mais, ou, et, donc, or, ni, car) qui précisément a pour objet de relier deux membres de phrase ;

- on ne place jamais de virgule après ces mêmes conjonctions, sauf s'il s'agit d'une incidente entre virgules.

V. Féminisation

- Les orientations fixées par le Premier ministre en matière de féminisation des noms de métier, fonction, grade ou titre, dans la circulaire du 6 mars 1998 (J.O. du 2 mars 1998) doivent être scrupuleusement respectées (*« Il convient de recourir aux appellations féminines pour les noms de métier, de fonction, de grade ou de titre, dès lors qu'il s'agit de titres dont le féminin est par ailleurs d'usage courant. Je vous invite à diffuser cette pratique dans les services placés sous votre autorité et à l'appliquer dans les textes soumis à votre signature »*).

- L'Institut national de la langue française a édité un guide pour cette féminisation (*« Femme, j'écris ton nom... », Guide d'aide à la féminisation des noms de métiers, grades et fonctions* », Doc. Française, 1999) ; les rédacteurs des textes ont intérêt à s'y référer. Les principales règles à respecter telles que déterminées par l'Institut national de la langue française sont mentionnées en annexe I.

- Il est rappelé que lorsqu'il est fait référence dans les visas et dans l'article d'exécution d'un texte normatif à la responsabilité de tel ou tel ministre, comme rapporteur du texte ou comme chargé de l'exécution, il y a lieu, si le ministre en fonction au moment de la signature du texte, est une ministre femme, d'écrire *« la ministre »*. Par contre, dans le corps du texte, lorsqu'il est question du ministre, c'est la fonction qui est en cause et non la personne qui l'exerce temporairement, et il y a lieu de recourir au genre masculin qui a valeur générique.

Exemple : *« Sur le rapport du Premier ministre et de la ministre chargée de l'outre-mer... »* ; *« Article d'exécution : La ministre chargée de l'outre-mer et ..., sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret »* ; Article x du corps du texte *« Le ministre chargé de l'outre-mer... »*.

VI. Typographie

Des règles très strictes s'imposent en matière de présentation typographique des textes. A titre de référence, on trouvera ci-joint, en annexe II, le protocole typographique applicable à la présentation des textes législatifs, élaboré conjointement en 1996 (actualisé pour la référence à l'euro) par le secrétariat général du Gouvernement et les services de l'Assemblée nationale et du Sénat.

ANNEXE I

1) Le déterminant

Dans tous les cas, la féminisation implique l'utilisation d'un déterminant féminin, pour les désignations simples comme pour les désignations complexes : la, une, cette... : la *députée*, une *juge*, cette *agente de change*, la *fondée de pouvoir*...

2) Noms se terminant au masculin par une voyelle

Il s'agit de mots non suffixés, comme apprenti, architecte, gendarme, juge, ministre, vétérinaire, ou suffixés/composés (-é, **-logue**, **-iste**, etc.).

- Noms se terminant par -e

La forme féminine est identique à la forme masculine (forme épïcène) :

Ex. : une architecte, une cadre, une capitaine, une commissaire, une diplomate, la garde (des Sceaux), une gendarme, une géologue, une interne, une juge, une ministre...

Remarque :

Certains noms ont été féminisés depuis longtemps à l'aide du suffixe **-esse** : hôtesse, mairesse, maîtresse, poétesse... Ce suffixe étant aujourd'hui senti comme désuet, voire dévalorisant, on a préféré ne plus y avoir recours. Seuls les emplois consacrés sont retenus (une hôtesse, une maîtresse d'école) ; les emplois encore partiellement en usage sont toujours admis, à côté des formes épïcènes proposées ou déjà concurrentes dans l'usage : une maire ou mairesse, une maître ou maîtresse (d'hôtel, de conférences, etc.), une poète ou poétesse...

- Noms se terminant par -é et -i

Le féminin est formé par adjonction d'un -e à la finale (une attachée, une avouée, une chargée (de cours, d'études, de mission), une députée...).

3) Noms se terminant au masculin par une consonne

- Noms se terminant par une finale autre que -eur

Le féminin se construit normalement par l'adjonction d'un -e à la finale (une adjointe, une agente, une avocate, une cheminote, une commise, une consule, une consultante, une écrivaine, une générale, une intendante, une lieutenant, une magistrate, une présidente, une sergente, une substitute...) avec les éventuelles modifications grapho-phoniques qui obéissent aux lois morphologiques de la langue : doublement de la dernière consonne (une chirurgienne, une colonelle, une doyenne) ; modification de la dernière consonne (une syndique...) ; ajout d'un accent sur la dernière voyelle (une bâtonnière, une conseillère, une greffière, une huissière, une menuisière, une officière, une sapeure-pompier, une préfète, une sommelière...).

Remarque : la solution de l'épïcène a été retenue pour les quelques rares cas dont la féminisation est sentie comme difficile : une chef, une clerc, une conseil, une témoin. L'adjonction du -e est facultative pour les mots dont le féminin est attesté : une camelot(e), une mannequin(e), une marin(e), une médecin(e).

- Noms se terminant par -eur (à l'exception de -teur)

La forme féminine se termine par **-euse** lorsque le nom correspond à un verbe en rapport sémantique direct (démarcher/démarcheur) : une annonceuse, une chercheuse, une démarcheuse...

Lorsqu'il n'existe pas de verbe correspondant au nom ou que le verbe n'est pas en rapport sémantique direct – il s'agit, le plus souvent, de noms issus directement du latin – on a le choix entre l'emploi épïcène (solution adoptée par les Belges) et l'adjonction d'un **-e** à la finale (solution préconisée par les Québécois et les Suisses : une assesseur(e), une censeur(e), une commandeur(e), une entrepreneur(e), une gouverneur(e), une ingénieur(e), une professeur(e), une proviseur(e)...

Remarque : les noms issus de comparatifs latins ont un féminin régulier en **-eure** : une prieure, une supérieure.

- Noms se terminant par **-teur**

La forme féminine se termine par **-trice** dans les conditions suivantes, non exclusives les unes des autres : il n'existe pas de verbe correspondant au nom (agriculteur, aviateur, instituteur, recteur...), ou bien le verbe est apparu postérieurement au nom (acteur/acter, auditeur/auditer) ; il existe un verbe correspondant au nom ne comportant pas de **-t** dans sa terminaison (calculer/calculateur, conduire/conducteur, former/formateur) ; il existe un substantif corrélé au nom se terminant par **-tion**, **-ture** ou **-torat** (quelle que soit la terminaison du verbe correspondant) (éditeur/édition, lecteur/lecture, tuteur/tutorat). Exemples : une auditrice, une conservatrice, une directrice, une inspectrice, une institutrice, une perceptrice, une rectrice...

La forme féminine se termine par **-teuse** lorsqu'au nom correspond un verbe en rapport sémantique direct comportant un **-t** dans sa terminaison et/ou qu'il n'existe pas de substantif corrélé se terminant par **-tion**, **-ture** ou **-torat** (acheter/acheteuse) : une acheteuse, une ajusteuse...

ANNEXE II

Protocole typographique applicable à la présentation des textes législatifs

L- LES ARTICLES

Les dispositifs législatifs sont composés d'articles numérotés qui peuvent être subdivisés en paragraphes.

A.— Les têtes d'articles

Dans le corps des lois, les têtes d'articles figurent au-dessus du dispositif, de manière centrée.

Le mot « Article » est, quel que soit le rang de l'article, écrit en toutes lettres (« au long »). Il est suivi d'un numéro exprimé en chiffres arabes qui est suivi, le cas échéant, d'une lettre en capitales ou d'un élément de numérotation latine. Cet ensemble est composé en gras et en romain, à l'exception des éléments de numérotation latine qui sont en italique. Il n'est suivi d'aucun signe de ponctuation :

Article 3 A	Article 1 ^{er}	Article unique
Articles 15 <i>bis</i>	Articles 9 à 11	Articles 8 et 9

La présentation des articles insérés ou nouvellement rédigés diffère sur plusieurs points.

Les têtes d'articles sont, dans ce cas, placées en début d'alinéa, précédées d'un guillemet, sauf s'il s'agit d'un code annexé, figurent en abrégé et sont composées en italique, à l'exception des expressions latines qui le sont en romain. Elles sont suivies d'un point et d'un tiret.

L'article 35 est ainsi rédigé : «*Art. 35.- La....* .»

L'article 28 *bis* est ainsi rédigé : «*Art. 28 bis.- Le... .* »

L'article L. 1^{er} du code de la route est ainsi rédigé : «*Art. L. 1^{er} "-* La... . »

B.— Les subdivisions d'articles

Elles prennent, le cas échéant, la forme de « paragraphes » identifiés par des numéros ou des lettres présentés de la manière suivante :

I, II, III..... (suivis d'un point et d'un tiret)

A, B, C..... (suivis d'un point et d'un tiret)

1°, 2°, 3°.....

a), b), c)..... (en italique)

I.-	A.-	1°	a)
-----	-----	----	----

On relèvera que certains codes comportent des subdivisions supplémentaires. Ainsi trouve-t-on dans le code général des impôts des « paragraphes » débutant par 1., 2., 3. ou a., b., c.

Il est à noter que la présentation des numéros ou lettres identifiant les « paragraphes » reste identique, qu'il s'agisse d'un article de la loi ou d'un article inséré ou nouvellement rédigé d'un dispositif existant. Toutefois, dans les annonces des insertions ou des nouvelles rédactions, il est d'usage de ne pas faire suivre les I, II, III, ... A, B, C... du point et du tiret et les a), b), c) de leur parenthèse.

I.- A.- L'article 53 de la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat est ainsi modifié :

1 ° Dans le premier alinéa du I, le mot : « deux » est remplacé par le mot : « trois » ;

2° II est inséré dans le II un 3° ainsi rédigé :
« 3° Le..... »;

3° Le a du 4° du A du III est ainsi rédigé :
« a) La..... . »

II.- LES DIVISIONS

Lorsque les dispositifs des lois sont complexes, il est d'usage de regrouper les articles dans des structures comportant des intitulés.

Les structures de regroupement des articles les plus courantes sont les parties, les titres, les chapitres, les sections et les sous-sections. Les codes peuvent comporter en outre, des livres et des paragraphes, structures qui sont respectivement inférieures à la partie et à la sous-section.

La numérotation de ces structures fait appel aux chiffres romains ou arabes. Leur intitulé, qui n'est suivi d'aucun signe de ponctuation, est composé en capitales ou en minuscules et en romain sauf lorsqu'il s'agit de dispositions entre guillemets, rédigeant ou insérant des divisions dans des textes existants, qui figurent alors en italiques.

La présentation de ces diverses structures, qui joue sur la taille et la graisse des caractères pour en faire apparaître la hiérarchie, est la suivante :

« TOME II
« ORGANISATION
« PREMIÈRE PARTIE
« FRANCE
« LIVRE III
« RÉGIONS
« TITRE I ^{er}
« ORGANISATION DES RÉGIONS
« Chapitre Ier
« Dispositions modifiant la loi du 2 mars 1982
« Section 6
« Ensemble des régions
« Sous-section 2
« Ile-de-France

Il convient de signaler que les différentes structures de regroupement conservent leur format quel que soit l'éventail des structures présent au sein d'un même texte.

III- LES ALINEAS

Composants de base des articles, les alinéas sont définis comme tout retour à la ligne.

A.-Les débuts d'alinéas

La première lettre d'un alinéa est une capitale, même si celui-ci est précédé d'une lettre ou d'un chiffre d'identification ou d'un numéro d'article. Il est fait exception à cette règle lorsque l'alinéa débute par un tiret.

La commission est composée :

1 ° De représentants des professions concernées ;

2° De personnalités qualifiées, dont :

- un membre du Conseil d'Etat ;
- deux représentants des associations du secteur.

Chaque alinéa d'un ensemble d'alinéas insérés ou rédigés débute par un guillemet pour indiquer qu'il fait partie de cet ensemble.

L'article 28 de la loi n° 96-201 du 24 avril 1996 sur l'épargne est ainsi rédigé :

« Art. 28.— La commission est composée :

« 1 ° De représentants des professions concernées ;

« 2° De personnalités qualifiées, dont :

« - un membre du Conseil d'Etat ;

« - deux représentants des associations du secteur. »

Ces dispositions s'appliquent à compter du 1er janvier 1997.

B.— Les fins d'alinéas

Les alinéas s'achèvent par un signe de ponctuation (point, point virgule, deux points, virgule...) conformément aux usages syntaxiques.

Les « paragraphes » se terminent par un point, sauf dans les cas de 1°, 2°, 3°... a), b), c)... faisant partie d'une énumération annoncée, qui s'achèvent alors par des points virgules, à l'exception du dernier élément de l'énumération.

Un alinéa qui rédige seulement le début d'un texte s'achève de la manière suivante :

...(le reste sans changement). »

A la fin d'un alinéa, le guillemet se met après un point, deux points ou un point virgule, lorsque le texte rédigé doit comporter une ponctuation, mais avant si celle-ci existe déjà dans le texte modifié ou s'il n'y a pas lieu de l'insérer.

Le troisième alinéa de l'article 53 de la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat est ainsi modifié :

1° Au début de cet alinéa, les mots : « Dans les deux mois qui suivent » sont remplacés par les mots : « Lors de sa première réunion suivant » ;

2° Cet alinéa est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Le président peut, sur délégation du conseil d'administration ou du directoire, procéder à ces opérations dans le mois qui suit l'expiration du délai fixé par l'assemblée générale. »

Chaque alinéa d'un ensemble d'alinéas insérés ou rédigés, sauf le dernier, s'achève sans guillemet afin de montrer que les alinéas se suivent et font partie du même ensemble à l'exclusion de tout autre.

Après l'article 231 *bis* O du code général des impôts, il est inséré un article 231 *bis* P ainsi rédigé :

« Art. 231 *bis* P.- Les rémunérations versées par un particulier pour l'emploi d'un seul salarié à domicile dans les conditions prévues à l'article 199 *sexdecies* ou d'une seule assistante maternelle dans les conditions prévues par la loi n° 77-505 du 17 mai 1977 relative aux assistantes maternelles sont exonérées de taxe sur les salaires.

« La même exonération s'applique pour l'emploi de plusieurs salariés à domicile dont la présence au domicile de l'employeur est nécessitée par l'obligation pour ce dernier ou toute autre personne présente à son foyer de recourir à l'assistance d'une tierce personne pour accomplir les actes ordinaires de la vie. »

Ces dispositions s'appliquent aux rémunérations versées à compter du 1er janvier 1995.

Lorsqu'un alinéa inséré ou rédigé se termine par une ponctuation (point ou point virgule), celle-ci n'est pas doublée après le guillemet.

Le 8° du III *bis* de l'article 9 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Le taux de 35 % est remplacé par celui de 15 % lorsque le boni est réparti à compter du 1er janvier 1995. »

1° Après le 7° du III *bis* de l'article 9, il est inséré un 7° *bis* ainsi rédigé :

« 7° *bis* Le taux de 35 % est remplacé par celui de 15 % lorsque le boni est réparti à compter du 1er janvier 1995 ; »

2° Le IV du même article 9 est ainsi rédigé :

En revanche, il y a une double ponctuation lorsque la seconde doit être différente de celle qui est utilisée avant le guillemet final :

Le second alinéa du 1 ° du III bis de l'article 1er est ainsi rédigé :
« Il est fixé à 35 % pour les produits capitalisés sur un plan d'épargne populaire dont la durée est inférieure à quatre ans ; ».

IV.- LES CAPITALES

L'utilisation des capitales (« majuscules ») dans les textes législatifs est conforme aux usages : début des phrases, des alinéas ne commençant pas par un tiret, des noms propres par essence ou par occasion...

On doit aussi les retrouver en tête du premier mot désignant un organe ou une institution uniques dont l'appellation est développée intégralement.

la Cour des comptes
la chambre régionale des comptes

Les capitales ne sont accentuées que lorsqu'elles figurent dans un élément de texte (intitulé d'une division, tableau, sigle...) qui est, dans son intégralité, composé en capitales.

DISPOSITIONS GENERALES

Il n'y a donc pas lieu d'accentuer les capitales figurant dans les éléments rédigés.

....par décret en Conseil d'Etat.

V.- LES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Quoique prohibés, les sigles se rencontrent parfois dans les textes de lois. Il convient alors de les présenter en capitales, sans signe de ponctuation.

ONU

Les acronymes - sigles qui se prononcent comme des mots ordinaires- sont présentés de la même manière.

AFNOR et non pas Afnor

Les abréviations sont rares dans les textes de loi. Elles sont toutefois systématiques pour les têtes d'articles insérés ou rédigés figurant en début d'alinéa.

« Art. 2.—

Dans le corps des textes, il est préférable, pour limiter les risques d'erreur, de composer en toutes lettres (« au long ») les unités de mesure.

100 mètres carrés

Cette recommandation ne vaut toutefois pas pour les tableaux, dans lesquels, pour des raisons de présentation, l'emploi des abréviations est systématique.

S'agissant des unités monétaires, le recours aux abréviations, qui ne comporte pas de points s'impose pour les sommes inférieures à un million d'euros.

10€

Pour les sommes supérieures, il convient de distinguer selon qu'elles comportent plusieurs chiffres différents ou des multiples écrits en toutes lettres.

2 645 354 €

2 milliards d'euros

Le mot « premier » s'écrit « au long » sauf lorsqu'il s'agit d'une date ou d'un élément de numérotation d'un article ou d'une division d'un texte.

1^{er} avril 2005

Article 1er

Bien qu'il ne s'agisse pas vraiment d'un sigle, la lettre figurant dans les numéros d'articles de codes est suivie d'un point.

article L.121

« Art. L.O. 44-

Les expressions « pour cent » et « pour mille » s'écrivent de manière abrégée avec le signe « % » ou « ‰ » et non sous la forme « p.cent » ou « p.mille ».

VI.- LES SOMMES ET LES NOMBRES

En règle générale, les sommes sont composées en totalité en chiffres.

Toutefois, dans les sommes à composer à partir du million, on exprimera en chiffres, sans ponctuation, les quantités multiples du million ou du milliard, ces deux dernières expressions étant alors composées « au long ».

1 234 555 €

7,5 milliards d'euros

Les nombres précédant des unités de mesure ou évaluant une population sont composés en chiffres.

152 tonnes

15 000 habitants

Pour les nombres qui ne constituent pas des sommes, qui ne précèdent pas des unités de mesure ou qui n'évaluent pas une population (durée, âge, quantité...), il convient de limiter le recours aux chiffres.

Vingt-deux mois
Vingt-deux ans
Vingt-deux membres

L'usage des chiffres reste néanmoins obligatoire dans les tableaux et peut s'avérer utile pour aboutir à une présentation cohérente de données diverses au sein d'un même texte, en cas d'expressions fractionnées ou de nombres dépassant la centaine.

2 ans 2 mois 1 jour

198 heures

Les dates et les horaires sont composés à l'aide de chiffres.

24 avril 1951

15 h 30

VII.- LA PONCTUATION

Il n'y a pas lieu de déroger aux règles de ponctuation traditionnelles dans la rédaction des textes.

On soulignera néanmoins qu'il n'y a pas de point dans les nombres, les unités monétaires et de mesures.

1 350

10€

10 m

Il n'y a pas davantage de points à la fin des intitulés des divisions, qu'ils soient composés en capitales ou en bas de casse.

VIII.- DIVERS

A.— Caractères

Le corps des textes est toujours composé en romain. Échappent à cette présentation les locutions ou numérotations latines, vérifiées comme telles, les titres d'oeuvres, de journaux, les noms de bateaux... qui sont présentés en italique.

pro rata temporis

au prorata de

Journal officiel

Les numérotations latines (bis, ter, quater...) sont en italique sauf lorsqu'elles s'insèrent dans des numérotations déjà en italique en tête d'articles insérés ou rédigés.

Article 2 *bis*

« Art. 2. *bis*.—

B.— Guillemets et parenthèses

Les guillemets et les parenthèses ont le même caractère que le texte qu'ils encadrent : en romain s'il est en romain ; en italique s'il est en italique.

Le mot : « préfet »

« *CHAPITRE II*
« *Du contrôle*

Ils sont français (« ») et non anglais (""), sauf s'il s'agit d'une citation figurant à l'intérieur d'une autre citation.

.... les mots : « de la "Fondation du patrimoine" ».

Chaque annonce de texte est suivie de deux points et d'un guillemet :

... la somme : « 1 000 € » est remplacée par la somme : « 2 000 € ».

... la date : « 1er janvier 1995 » est remplacée par la date : « 31 décembre 1996 ».

On ne met cependant ni points, ni guillemets dans les expressions telles que :

... la somme de 1 000 F est remplacée par la somme de 2 000 F.

... la date du 1^{er} janvier 1995 est remplacée par la date du 31 décembre 1996.

On n'écrit donc pas :

"la somme de « 1 000 F »", "la date du « 1^{er} janvier 1995 »".

C.- Traits d'union

Les noms de communes, ceux de pays, départements et territoires, lorsqu'ils désignent une entité administrative, comprennent des traits d'union.

Le territoire de Wallis-et-Futuna

Les îles Wallis et Futuna

FICHE 3.3.2.

CHOIX DES TERMES ET LOCUTIONS JURIDIQUES

Les termes utilisés doivent être appropriés et exacts techniquement et juridiquement.

I. Emploi des mots ou expressions dans leur sens précis

Les mots empruntés au langage juridique ou au vocabulaire technique doivent être employés dans leur sens précis

- Le corps des règles de droit applicable est fait d'un ensemble de termes qui ont souvent une origine lointaine et ont acquis au fil du temps une acception très précise, qu'il convient de respecter.

Exemples :

Le code du domaine, dont les éléments de base sont à rechercher dès l'Edit de Moulins de 1566. Il est dès lors préférable de ne pas s'éloigner des formules de ce code, qu'il s'agisse de « *l'administration du domaine* », plutôt que sa « *gestion* » même si ce dernier terme tend à être repris fréquemment, des « *acquisitions d'immeubles ou de droits immobiliers poursuivies à l'amiable ou par expropriation* » plutôt que « *des acquisitions réalisées à l'amiable ou par voie d'expropriation* », « *des dépendances du domaine public* » plutôt que des « *biens relevant du domaine public...* ».

Les personnes morales ne sont pas dans la même situation à l'égard de l'autorité administrative selon qu'elles agissent « *sous l'autorité* » ou « *sous la surveillance* » de l'administration. « *Conformité* » et « *compatibilité* » ne sont pas synonymes. Pour un établissement public, les notions de « *tutelle* » et de « *rattachement* » n'ont pas la même signification. « *Suspendre* » un délai ou l' « *interrompre* » ne sont pas équivalents. Les expressions « *créance soldée* » et « *créance apurée* » n'ont pas exactement le même sens. Il convient d'éviter d'utiliser un terme pour l'autre. En ce qui concerne les décisions de justice, il y a lieu de parler pour le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, de « *décisions* » ; pour la Cour de cassation, les cours administratives d'appel et les cours d'appel, « *d'arrêts* » ; pour les tribunaux d'instance et la plupart des juridictions de première instance, de « *jugements* ».

Il y a lieu de parler des « *dispositions* » d'une loi ou d'un décret, plus généralement d'un acte unilatéral, et des « *stipulations* » d'un contrat, d'un traité, d'un accord ou d'une convention internationale.

Lorsqu'une décision est prise « *sur proposition* » ou « *sur la proposition* » d'une personne ou d'une autorité, cela implique généralement que l'auteur de la décision ne dispose d'aucune marge d'appréciation quant au contenu de la décision : il ne peut prendre de décision que conforme à la proposition initiale ou à toute autre proposition qu'il a la faculté de solliciter (CE Sect., 10 mars 1950 Dauvillier).

- Lorsqu'il s'agit de citer le contenu d'un texte ou d'en analyser la portée, il y a lieu de se référer aux dispositions de ce texte et non au texte lui-même, qui ne constitue que l'enveloppe

des dispositions en cause. Dire ainsi : « *Conformément aux dispositions de l'article x...* » ou « *les dispositions de l'article x aux termes desquelles...* » et non « *conformément à l'article x ...* » ou « *l'article x aux termes duquel...* ».

- Un texte « *précité* » est celui dont les termes ont été expressément cités antérieurement (en non simplement mentionnés). De même le terme « *visé* » est réservé aux dispositions qui ont été mentionnées dans les visas du texte. Il en résulte d'ailleurs qu'il convient d'être très vigilant, lorsque l'on modifie un texte antérieur ; les textes mentionnés comme « *susvisés* » dans les dispositions introduites dans celui-ci doivent figurer dans ses visas (cf. sur ce point *fiches 3.1.5. et 3.4.1.*).

Pour désigner des personnes ou des institutions ou des règles figurant dans un article du texte auquel on souhaite se référer, il est préférable d'utiliser, plutôt que le mot « *visé* », les mots « *mentionné* », « *énuméré* », « *défini* » ou « *institué* ».

- Le renvoi par un texte à des normes ou décisions d'application emprunte les expressions et obéit aux règles suivantes :

*on peut utiliser indifféremment dans une loi les expressions « *les modalités d'application de la présente loi sont fixées par décret* » et « *les modalités d'application de la présente loi sont fixées par voie réglementaire* » qui ont exactement la même signification ;

*il n'est pas d'usage dans un texte législatif de mentionner qu'une décision –non réglementaire- est prise par un ministre déterminé. Il est fait référence à l'« *autorité administrative* » dès lors que la répartition de compétences entre autorités de l'Etat est, en principe, du domaine du règlement ;

*lorsqu'un pouvoir de décision est confié à un ministre, qui l'exerce par voie d'arrêté, on ne se réfère pas à l'appellation qui a été donnée au ministre dans le Gouvernement en fonctions au moment où le texte est élaboré mais, de manière intemporelle, au domaine de compétence qui justifie l'attribution d'un tel pouvoir.

On ne mentionnera pas ainsi, dans le corps du texte, « *le ministre des solidarités, de la santé et de la famille* » mais « *le ministre chargé de la sécurité sociale* » ou « *le ministre chargé des personnes âgées* ».

Toutefois, compte tenu de la stabilité de leur appellation on fait référence aux « *ministre de la justice* », « *ministre de l'intérieur* », « *ministre de la défense* » et « *ministre des affaires étrangères* ».

- La formule « *article x de la présente loi* » (ou du présent décret ou du présent code) est à bannir : « *article x* » suffit dès lorsqu'on est à l'intérieur de cette loi (ou de ce décret). Il ne faut employer cette formule que pour éviter toute ambiguïté, lorsque, dans un même passage, il est fait référence à des dispositions de plusieurs textes, dont celui au sein duquel on se trouve.

II. Autres recommandations

A. Usages déconseillés

Est à éviter :

- le recours à des termes passe-partout, comme les verbes :

*« *concerner* » qui peut être avantageusement remplacé, lorsqu'il est employé au participe passé, par « *intéressé* » ou « *en cause* », ou, lorsqu'il est employé au participe présent par « *relatif à...* » (mais on peut dire « *en ce qui concerne* »).

*« *effectuer* » qui peut trouver un grand nombre de substitutifs ; on n'effectue en principe que l'une des quatre opérations (addition, soustraction, division, multiplication).

* « *décliner* » : on décline un verbe, mais pas une règle

- l'abus d'adverbes ou de certaines locutions qui, bien souvent, n'ajoutent rien au texte. Il est inutile de dire « *il est rigoureusement interdit* » ; « *il est interdit* » suffit. Plutôt que « *dû au fait que* » ou « *de manière à ce que* » dire « *dû à* » ou « *pour* ». On peut souvent remplacer « *au niveau de* » ou « *au plan de* » par « *dans* ».

- l'adjonction sans discernement de termes pseudo-juridiques qui donnent au texte l'allure un peu surannée du langage juridique, sans que cela ne renforce nécessairement la clarté du texte : ainsi du qualificatif « *ledit* » (ledit décret, ladite mesure...) ou des constructions de mots avec le préfixe « *sus* » (susdit, susmentionné...), dont il est possible bien souvent de faire l'économie.

B. Recours aux mots ou expressions « *notamment* », « *au sens de...* » et « *le cas échéant* »

1°) Le mot « *Notamment* »

Le mot « *notamment* » demande une particulière vigilance, car il est susceptible d'usages multiples qui ne sont pas toujours appropriés.

Il est justifié de recourir au terme « *notamment* », lorsqu'il s'agit d'apporter des précisions :

- sur le contenu d'une réglementation :

Exemple : « *Par dérogation au principe posé à l'article premier, des emplois d'agents contractuels peuvent être créés au budget de chaque ministère ou établissement lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient, notamment lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptible d'assurer ces fonctions (article 2 de la loi n°83-481 du 11 juin 1983)* ».

- sur la portée d'une interdiction :

Exemple : « *L'accès au dossier médical est notamment interdit lors de la conclusion d'un contrat relatif à une protection complémentaire...* ».

- sur des éléments particuliers à prendre en compte pour procéder à une appréciation ou une qualification :

Exemple : « *Pour l'application des dispositions de l'alinéa précédent, ne sont prises en compte en qualité d'unions de syndicats de fonctionnaires que les unions de syndicats dont les statuts... prévoient l'existence... de moyens permanents constitués notamment par le versement des cotisations par les membres* ». (article 9 bis, de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983).

- sur des mesures s'imposant plus particulièrement dans telle ou telle circonstance :

Exemple : « Si un dispositif risque de compromettre la santé ou la sécurité des patients, des utilisateurs ou des tiers, [...] l'autorité administrative peut ordonner son retrait du marché, interdire ou restreindre sa mise sur le marché ou sa mise en service ; cette restriction peut consister notamment à fixer des conditions relatives à l'utilisation du dispositif ou à la qualification du personnel chargé de cette utilisation ».

Il est déjà moins justifié de recourir à ce terme lorsque, sous couvert de mentionner de façon précise certains cas où une réglementation doit s'appliquer, il s'avère que le « *notamment* » précède une énumération qui entend couvrir tous les cas envisageables et n'a dès lors qu'un objet de précaution stylistique.

Exemple : « Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération... » (article 6 ter de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983). Il eût été suffisant d'écrire « aucune mesure ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire... ».

Et il est inutile de compléter l'énoncé d'une règle par des précisions précédées de « *notamment* » lorsque l'état du droit se suffit à lui-même et que ces précisions sont superfétatoires. Il n'est ainsi pas nécessaire d'ajouter à une disposition indiquant qu'« un décret fixe les modalités d'application, du présent titre » que ces modalités sont relatives « *notamment* » à tel ou tel domaine ou doivent porter spécifiquement sur tel point. Le pouvoir réglementaire est toujours fondé à prendre les mesures nécessaires à l'exécution d'une loi.

Exemple : « Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application de la présente section notamment les conditions d'accès aux différentes catégories d'informations qui figurent au dossier médical personnel » (art. L.161-36-4 du code de la sécurité sociale).

On évitera, en tout état de cause, l'emploi de la locution « et notamment » que la syntaxe réprouve et qui n'est d'aucune utilité :

« Les conditions d'application du I, et notamment les obligations déclaratives, sont déterminées par décret ».

2°) La locution « au sens de »

Elle est couramment utilisée pour marquer les limites de la portée d'une règle ou d'une qualification. Elle sert à montrer que cette règle ou cette qualification se limitent strictement au cas en cause (« Les chefs d'exploitation doivent acquitter la cotisation prévue par l'article L. 762-33 du code rural au titre du conjoint collaborateur d'exploitation au sens de l'article L. 321-5 du même code »). Il convient de ne pas abuser de cette facilité, car il n'est pas bon qu'un même terme ou une même expression puisse avoir une signification variable d'un texte à un autre.

3°) La locution « le cas échéant »

Elle signifie que la règle énoncée ne trouvera à s'appliquer que si certaines conditions ou circonstances sont réunies ; elle n'est pas synonyme de « éventuellement » (voir sur ce point CE, 18 décembre 2002, Ville de Paris : si un texte précise que l'avis d'appel d'offre mentionne « Le cas échéant, les noms des membres du jury », ces noms doivent impérativement être mentionnés dans le cas où un jury a été désigné).

Exemple : « Le Conseil de discipline, au vu des observations écrites produites devant lui et compte tenu, le cas échéant, des déclarations orales de l'intéressé et des témoins... » (article 8 du décret n°84-961 du 25 octobre 1984). Cela signifie que le conseil de discipline peut se prononcer

sans que l'intéressé ou les témoins ne se soient exprimés oralement mais que si des déclarations ont été faites, il doit en être tenu compte.

C. Locutions ou adverbesservant à l'articulation des textes entre eux

Une difficulté fréquente tient aux conditions d'articulation de plusieurs textes ou dispositions entre eux. Diverses locutions juridiques sont utilisables pour préciser ces conditions, telles « *sans préjudice* », « *nonobstant* », « *sous réserve* », « *par dérogation* », « *toutefois* ». Encore convient-il de les utiliser dans leur sens précis :

1°) la locution « *sans préjudice* »

Elle signifie que la règle qui va être énoncée est sans incidence sur l'application d'une autre règle qu'on entend précisément ne pas écarter et qui pourra s'appliquer également ; elle est synonyme de « *indépendamment de* »

Exemple : « *Sans préjudice des attributions propres des corps d'inspection compétents à l'égard des établissements concernés, le contrôle mentionné aux articles L. 991-1 et L. 991-2 est exercé par les inspecteurs et les contrôleurs de la formation professionnelle commissionnés à cet effet* » (art. L. 951-3 du code du travail).

La règle est donc que, dans un même établissement, les contrôles peuvent se cumuler.

2°) la locution « *sous réserve* »

La portée de la locution « *sans préjudice* » est à distinguer de celle de « *sous réserve* » qui indique l'ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit, soit qu'elles appartiennent à deux textes différents, soit qu'elles se situent à l'intérieur d'un même texte : la disposition ne joue que lorsque le texte réservé ne trouve pas à s'appliquer. Ainsi l'article 21 de la Constitution dispose : « *Sous réserve de l'article 13, le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire* ». Le Conseil d'Etat en a déduit qu'il résulte des dispositions combinées des articles 13 et 21 de la Constitution qu'à l'exception des décrets délibérés en conseil des ministres, le président de la République n'exerce pas le pouvoir réglementaire [...] (Conseil d'Etat, Ass., 27 avril 1962, Sicard).

Lorsqu'est prévue l'abrogation d'un texte antérieur « *sous réserve des dispositions transitoires prévues ci-après* », cela signifie le maintien en vigueur de dispositions de ce texte dans la mesure où elles sont nécessaires pour l'application des dispositions transitoires.

L'utilisation de la locution « *sous réserve* » est parfois indispensable pour articuler des dispositions contradictoires. Elle peut l'être, en particulier, dans les cas où le texte renvoie à un ensemble de dispositions d'une autre législation qu'il faut cependant adapter. La rédaction usuelle est alors : « *Les dispositions des articles x, y et z sont applicables sous réserve de...* ».

Mais l'utilisation de cette expression fait souvent l'objet de deux abus : un recours superflu, comme « *sous réserve des conventions internationales* », ou « *sous réserve des dispositions législatives en vigueur* » alors que ces réserves sont évidentes. Un emploi abusif, pour instaurer une coordination fictive entre des dispositions de fait inconciliables. La responsabilité de donner un sens au texte est alors laissée au juge.

3°) le mot « *nonobstant* »

Il signifie que la règle qui va être énoncée s'impose, sans que d'autres règles existantes puissent y faire obstacle (« *Nonobstant toutes dispositions contraires..., nonobstant les dispositions de l'article 2...* »).

4°) la locution « par dérogation »

Cette locution a une portée plus précise que l'adverbe « *nonobstant* », car elle indique la disposition à laquelle on entend spécifiquement déroger (« *par dérogation aux dispositions de l'article R...* » ; « *par dérogation aux dispositions du présent décret* »).

5°) le mot « toutefois »

Il apporte une restriction à la portée d'une disposition et annonce un régime distinct : « *Au cours des deux premières années d'exercice professionnel (d'un avocat), cette formation inclut dix heures au moins portant sur la déontologie. Toutefois, au cours de cette même période, les personnes mentionnées à l'article 98 doivent consacrer la totalité de leur obligation de formation à des enseignements portant sur la déontologie et le statut professionnel* » (article 85 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat). Cela signifie que les avocats mentionnés à l'article 98 ne sont pas tenus à la règle du minimum de dix heures de formation à la déontologie ; cette dernière formation pourra être plus importante ou moins importante selon l'équilibre retenu avec la formation sur le statut professionnel.

FICHE 3.4.1

REGLES DE MODIFICATION ET D'INSERTION

I. Recommandations générales

A. Incorporation dans un texte existant

Il est devenu très rare qu'une loi ou un décret intervienne dans un domaine qui n'est pas couvert par des dispositions antérieures. Aussi la plupart des textes normatifs procèdent-ils aujourd'hui par modification, insertion et abrogation. Le développement du champ de la codification accentue cette tendance : les textes nouveaux ont en effet souvent vocation à s'intégrer dans un code, même s'ils édictent des règles complètement nouvelles, car les codes sont par définition des structures d'accueil évolutives dans leur contenu.

De manière générale, lorsque des dispositions législatives ou réglementaires doivent être prises, il convient de rechercher dans quel « support » préexistant elles pourront s'intégrer : code, ou à défaut loi ou décret traitant de la même matière. Il y a en effet un double avantage à incorporer les nouvelles règles dans un texte existant :

- le regroupement des dispositions applicables à un domaine déterminé facilite grandement l'accès à ces dispositions par ceux qu'elles concernent ainsi que leur bonne application ; un contre-exemple très caractéristique de ce qu'il faut éviter est fourni par la législation relative à la privatisation des entreprises publiques, constituée de trois lois (n° 86-793 du 2 juillet 1986, n° 86-912 du 6 août 1986 et n° 93-923 du 19 juillet 1993) dont l'articulation est source de nombreuses et délicates questions, y compris pour les spécialistes ;

- le rapprochement des règles anciennes et nouvelles permet de limiter les risques d'erreurs, contradictions et doubles emplois et conduit normalement à plus de cohérence.

B. Nécessité des modifications par rapport au but poursuivi

Pour autant, des modifications trop nombreuses et trop fréquentes des textes existants rendent l'accès au droit plus difficile et compliquent le travail des praticiens, malgré la mise à disposition de versions consolidées et tenues à jour des codes, lois et décrets (voir *fiche 1.4.1, codification*). Elles sont source d'erreurs et compromettent la bonne application des règles. Aussi faut-il observer en la matière un principe d'économie, consistant à ne procéder qu'aux changements et réécritures vraiment utiles au regard du but que l'on poursuit.

- En premier lieu, on évitera de reprendre complètement un texte ou une partie de texte si on ne lui apporte que des changements limités : on préférera en ce cas procéder aux seules modifications, insertions et suppressions nécessaires. Cette façon de faire conduit à un texte modificatif moins lisible mais plus bref et présentant l'avantage de faire apparaître clairement les changements apportés.

La réécriture d'ensemble d'un texte ou d'une partie de texte ne se justifie qu'en cas de modifications et insertions suffisamment nombreuses et substantielles ou dont la présentation est complexe.

Il n'y a cependant pas lieu d'adopter de position systématique en la matière : le choix entre les deux techniques de rédaction doit être fait au cas par cas, étant précisé que l'appréciation varie selon le niveau de texte considéré : ainsi, il n'est justifié d'abroger et de remplacer entièrement une loi ou un décret que si le maintien de cette loi ou de ce décret serait artificiel compte tenu de l'importance des changements apportés, quantitativement et sur le fond ; en revanche, il est souvent meilleur de réécrire une phrase ou un alinéa plutôt que d'y apporter plusieurs modifications ponctuelles.

S'agissant des projets de loi, il doit être souligné que la reprise complète d'un texte ou d'une partie de texte dans un but de clarté et de bonne lecture du projet a pour conséquence de soumettre à nouveau au débat parlementaire, sans nécessité juridique et avec les aléas qui peuvent en résulter, des dispositions non modifiées. Cet élément est à prendre en considération dans le choix de la technique de rédaction.

- Ne sont pas à recommander les améliorations de détail ou de pure forme qui ne sont pas nécessaires à la bonne compréhension du texte, a fortiori si celui-ci est ancien, bien connu des usagers et ne soulève pas de difficultés d'application : il pourrait résulter de telles modifications des effets inattendus.

De même, il y a lieu de s'abstenir, sauf exception justifiée, d'apporter au texte des modifications touchant seulement à la typographie (majuscules, italiques) ou à la ponctuation. C'est ainsi, notamment, que la suppression du dernier élément d'une énumération (par exemple les dispositions du 4° de l'article 5) ne doit pas conduire à remplacer, à la fin du précédent (le 3°), qui sera désormais le dernier, le point-virgule par un point ; on abrogera donc le 4° sans préciser que : « A la fin du 3° du même article, le point-virgule est remplacé par un point ».

- On ne modifie normalement pas l'intitulé d'une loi, d'une ordonnance ou d'un décret. Il ne peut être dérogé à cette règle que si une adaptation est rendue indispensable par suite d'un changement important dans le contenu du texte ou son champ d'application. Tel pourra être le cas d'un décret relatif à un organisme ou à un corps de fonctionnaires si l'on modifie le nom de cet organisme ou de ce corps. On écrira par exemple :

« Article 1^{er} – Dans l'intitulé et dans les articles 1^{er}, 2, 5, 8 et 10 du décret du susvisé, les mots : « Commission de la privatisation » sont remplacés par les mots : « Commission des participations et des transferts ».

- Enfin, il faut éviter dans toute la mesure du possible de toucher à la structure générale des textes existants et à la numérotation de leurs subdivisions (titres, chapitres, articles...), car de telles modifications sont de nature à gêner les usagers du texte et à soulever des difficultés notamment s'il existe, ce qui est fréquent, des renvois ou références à ces subdivisions dans le texte que l'on modifie ou dans d'autres textes.

Ainsi, l'abrogation d'un article existant ou au contraire l'ajout d'un article nouveau ne doivent pas conduire, sauf exception, à renuméroter les articles qui suivent. Dans le premier cas, on laissera subsister une discontinuité dans la succession des articles : par exemple, par suite de l'abrogation de l'article 17, l'article 16 sera suivi de l'article 18. Dans le second cas, on insèrera un article 17-1 (ou 17 bis, si le texte comporte déjà ce type de numérotation) après l'article 17.

Lorsqu'une matière relevant du domaine de la loi ordinaire ressortit à l'avenir au domaine de la loi organique, les modifications apportées aux textes législatifs antérieurs doivent

prendre la forme de dispositions comportant des abrogations et la création d'articles nouveaux afin d'éviter qu'au sein d'un même article coexistent des dispositions législatives ordinaires et des dispositions législatives organiques.

II. Techniques de rédaction

A. Texte(s) à modifier

1°) Le texte à modifier est évidemment celui qui est en vigueur ; on doit donc travailler sur la rédaction « consolidée » et à jour du texte compte tenu des modifications successives qui ont pu lui être déjà apportées, en prenant soin de n'en omettre aucune. On ne modifie en revanche jamais un texte modificatif, simple support de dispositions qui se sont incorporées dans le texte modifié.

Dans l'hypothèse - exceptionnelle - où l'on doit modifier un texte alors qu'une précédente modification du même texte n'est pas encore entrée en vigueur, par suite d'une date d'effet différée, il faut préciser la version que l'on entend modifier. On écrira ainsi, s'il s'agit de corriger ou compléter la précédente modification : « *L'article X du code général des impôts, dans sa rédaction issue de l'article Y de la loi n° du , est ainsi modifié : ...* » ; ou au contraire, si l'on ne souhaite corriger cet article que dans l'attente de l'entrée en vigueur de sa rédaction modifiée : « *L'article X du code général des impôts, dans sa rédaction antérieure à l'article Y de la loi n° du , est ainsi modifié : ...* ».

2°) Dans le cas d'une ordonnance ou d'un décret, le ou les textes que l'on modifie doivent être mentionnés dans les visas, ce qui permet de s'y référer ensuite par la seule indication de leur date suivie de la mention « susvisé(e) » (voir fiche 3-1-5, les visas). Lorsque le texte modificatif est une loi, la loi que l'on modifie doit être indiquée avec son numéro, sa date et son intitulé complet la première fois qu'elle est mentionnée.

3°) Il est souvent nécessaire de procéder dans un même texte à la modification de plusieurs textes existants. Afin d'éviter toute confusion, la bonne solution est alors de réserver une subdivision (titre, chapitre, article) du texte modificatif à chacun des textes modifiés.

On ne modifie plusieurs textes par une seule et même disposition que dans les hypothèses les plus simples. On pourra ainsi écrire :

Article 1^{er} – Dans l'intitulé et dans les articles 1^{er}, 2, 5, 8 et 10 du décret du susvisé ainsi que dans les articles 2, 3 et 4 du décret du susvisé, les mots : « Commission de la privatisation » sont remplacés par les mots : « Commission des participations et des transferts ».

4°) Les « dispositions balais », par lesquelles il est procédé globalement à l'abrogation des textes antérieurs, au remplacement de dénominations ou de références ou encore à l'actualisation de montants, ne sont à utiliser que lorsqu'il n'est pas possible de faire autrement. Elles doivent être conçues et rédigées avec soin et précision, faute de quoi elles soulèveront plus de difficultés qu'elles n'en régleront pour les usagers et les éditeurs.

Il est souhaitable, lorsque l'on n'a identifié que certains des textes dont l'abrogation ou la modification est nécessaire, de les faire apparaître par l'emploi de la formule suivante :

« Article 10 – Sont abrogés toutes les dispositions contraires à la présente loi, notamment l'article du code de commerce, les articles de la loi n° du et les articles de l'ordonnance n° du . »

ou :

« Article 10 – La référence à l'article R. 212-3 du code de ... est remplacée par une référence à l'article R. 212-8 de ce code dans toutes les dispositions réglementaires en vigueur, notamment l'article R. du code de commerce, l'article 22 du décret du susvisé et les articles 7 et 8 du décret du susvisé. »

5°) L'indication « le reste sans changement », mise entre parenthèses et après des points de suspension, est à réserver au cas où l'on modifie seulement le début d'une phrase ou d'un alinéa, sans toucher à ce qui suit. Elle est surtout employée pour les dispositions législatives. Voir par exemple l'article 38 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité :

« Article 38 – Le début du premier alinéa de l'article 132-76 du code pénal est ainsi rédigé : « Dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit...(le reste sans changement). »

B. Visas

Les visas d'un texte sont ceux que comporte sa version initiale, qui ne peut jamais être modifiée sur ce point (voir fiche 3-1-5, les visas). En conséquence, lorsque l'on modifie un texte antérieur, il convient de s'assurer que les textes mentionnés comme susvisés dans la nouvelle version de ce texte figurent bien non seulement dans les visas du texte modificatif, mais aussi dans ceux du texte initial que l'on modifie et dans lequel s'insèrent les dispositions nouvelles. S'ils ne figurent pas dans les visas du texte initial, ce qui est nécessairement le cas de tous les textes postérieurs à celui-ci, il convient de mentionner dans le corps du texte modifié leur numéro, leur date et leur intitulé complet la première fois que l'on s'y réfère.

Lorsque, par exemple, on modifie en 2004 un décret de 1989 en y insérant une référence à un décret de 1997, il n'est pas correct de faire figurer dans la nouvelle rédaction du texte de 1989 la mention « le décret du 1997 susvisé ». La seule solution, dans cette hypothèse, est que la nouvelle rédaction du texte de 1989 comporte la mention de l'intitulé complet du décret de 1997 la première fois qu'il y est fait référence. Dans la suite du texte, il pourra être fait référence au « décret du1997 déjà mentionné ».

C. Formules à employer

1°) Lorsqu'il y a remplacement d'un texte ancien par un texte nouveau, il convient de le faire apparaître en utilisant la formule : « est (ou sont) remplacé(s) par les dispositions suivantes », plutôt que d'écrire : « est rédigé ainsi qu'il suit » ou « est ainsi conçu ». On écrira donc :

Article 2 – Le troisième alinéa de l'article 6 du décret du.....susvisé est remplacé par les dispositions suivantes : / « »

Si c'est un article ou toute autre subdivision identifiée par un numéro ou une lettre que l'on réécrit, les nouvelles dispositions seront précédées de la référence de cet article ou subdivision. On écrira ainsi :

Article 4 – L'article 7 (ou le a/ du 1° de l'article 7) du décret du susvisé est remplacé par les dispositions suivantes : / « Art. 7 - » (ou « a/ - »).

2°) Lorsque l'on ajoute des dispositions nouvelles dans le texte que l'on modifie, il convient au contraire d'utiliser les termes « ainsi rédigé(s) ». On écrira ainsi :

Article 9 – Après l'article 12-3 du décret du.....susvisé, il est inséré un article 12-4 ainsi rédigé : / « Art. 12-4 - ».

3°) Le verbe « abroger » est à réserver au texte et à ses subdivisions : on abroge un décret, un chapitre, un article ou un alinéa. Lorsqu'il s'agit de faire disparaître une phrase, des mots ou une référence, on utilise le verbe « supprimer ». On ne dit pas « abrogé et remplacé » ou « supprimé et remplacé », mais seulement « remplacé ».

4°) Il est nécessaire de désigner avec précision la partie du texte que l'on supprime ou remplace : lorsqu'il ne s'agit pas d'une subdivision entière, ce sera le plus souvent un *alinéa*, une *phrase*, des *mots*, mais aussi un *chiffre*, une *somme*, un *montant*, une *date* ou un *taux*, ou encore une ou des *références*. La partie de texte supprimée ou remplacée sera citée entre des guillemets précédés du signe « : ». On écrira ainsi :

Article 5 – Au deuxième alinéa de l'article 26 du décret du.....susvisé, les mots : « sous réserve de l'obtention d'une autorisation préalable » sont remplacés par les mots : « sauf opposition notifiée dans les 15 jours ».

Ou :

Article 13 – Au II de l'article 3 du décret du.....susvisé, les références : « L. 343-5, L. 343-7 » et : « R. 343-9 » sont supprimées.

Ou encore :

Article 4 – Au 1° de l'article L. 431-8 du même code, le taux : « 35 % » est remplacé par le taux : « 40 % ».

On peut toutefois également écrire, sans points ni guillemets : *la somme de 1 000 F est remplacée par la somme de 150 €* ou : *la référence à l'article L. 343-5 est remplacée par la référence à l'article L. 343-5-1* ou encore : *la date du 31 décembre 2002 est remplacée par la date du 30 juin 2004.*

Les alinéas sont désignés par un adjectif numéral –« premier », « deuxième », etc. et non par un chiffre (« alinéa 1 », « alinéa 2 »). On évitera les désignations ordinales, « pénultième » (avant-dernier) et « antépénultième » (qui précède l'avant-dernier).

D. Insertion

1°) Lorsque l'on insère des dispositions nouvelles dans un texte existant, il importe de choisir avec soin l'emplacement de cette insertion, en respectant la logique interne du texte que l'on modifie. Ce choix peut avoir une portée juridique précise, par exemple si des dispositions du texte existant précisent le champ ou les modalités d'application de la subdivision (titre, chapitre, article) dans laquelle on insère les dispositions nouvelles, ou si la méconnaissance des dispositions de cette subdivision est pénalement sanctionnée.

Il faut également se préoccuper des conséquences « en chaîne » que peut avoir l'insertion de dispositions nouvelles, en raison des références et renvois à la subdivision choisie qui figurent dans le texte modifié ou dans d'autres textes. Dans certains cas, ces références ou renvois devront être corrélativement modifiés, soit par simple coordination, soit pour éviter des effets non souhaités. Par exemple :

Article 3 – Le décret du..... susvisé est ainsi modifié :

1°– *Après le troisième alinéa de l'article 17, il est inséré deux alinéas ainsi rédigés : / « ».*

2° – *A l'article 23, les mots : « mentionné au quatrième alinéa de l'article 17 » sont remplacés par les mots : « mentionné au sixième alinéa de l'article 17 ».*

2°) L'emplacement retenu doit être indiqué avec précision par le texte modificatif. Si l'on insère un article supplémentaire, il suffit généralement d'indiquer l'article existant après lequel on se place :

Article 4 – Après l'article 9 du même décret, il est inséré un article 9-1 ainsi rédigé : « ».

Mais si le nouvel article vient au début ou à la fin d'un chapitre ou d'un titre, il faut le faire apparaître :

Article 4 – Au début (ou en tête) du chapitre 3 du même décret, il est inséré un article 9-1 ainsi rédigé : « ».

Ou :

Article 4 – Au chapitre 2 du même décret, il est inséré après l'article 9 un article 9-1 ainsi rédigé : « ».

3°) La formule « est ajouté » ou « est complété par » signifie que l'on se place à la fin de la subdivision considérée. On peut donc, dans le dernier exemple, écrire simplement :

Article 4 – Au chapitre 2 du même décret, il est ajouté un article 9-1 ainsi rédigé : « ».

On écrira également :

Article 6 – Le troisième alinéa de l'article 12 du décret du susvisé est complété par une phrase ainsi rédigée : « ».

Ce qui placera cette phrase à la fin de l'alinéa.

4°) Dans les autres cas, il est d'usage d'employer le verbe « insérer ». Toutefois, la formule « *il est rétabli un article X* » est à retenir lorsque, par suite d'une abrogation antérieure, le numéro d'article est vacant et qu'on le réutilise.

5°) De manière générale, si l'on doit insérer un ou plusieurs articles nouveaux dans un texte, qu'il s'agisse d'une loi d'un décret ou d'un arrêté, on les identifie par le numéro de l'article qui le ou les précède dans le texte modifié, suivi d'un tiret et d'un numéro additionnel (numérotation décimale). Ainsi, après un article 23, on insérera un article 23-1, ou des articles 23-1, 23-2, 23-3, etc. Entre un articles 42-2 et 42-3, on insérera les articles 42-2-1, 42-2-2, 42-2-3, etc.

Toutefois, si le texte antérieur a adopté l'usage des signes bis, ter, etc., ou une autre façon de faire, on se conformera à ce mode de numérotation.

Il faut éviter dans toute la mesure du possible de recourir à la méthode consistant à décaler les articles existants pour libérer des numéros à l'emplacement voulu. Si cela s'avère

néanmoins indispensable, le décalage doit, s'agissant des textes comportant un article d'exécution ou d'application (ordonnances, décrets, arrêtés) s'arrêter à cet article qui n'est jamais déplacé.

6°) L'insertion de plusieurs articles nouveaux qui se suivent ou d'un titre, chapitre ou section supplémentaire est à opérer d'un seul mouvement. On écrira ainsi :

Article 5 – Après l'article 11 du décret du susvisé sont insérés les articles 11-1 à 11-5 ainsi rédigés :

« Art. 11-1 (...)
Art. 11-2 (...)
Art. 11-3 (...)
Art. 11-4 (...)
Art. 11-5 (...). »

Ou :

Article 1^{er} – Dans la loi n° du relative à , il est inséré, après le chapitre II, un chapitre III ainsi rédigé :

« Chapitre III – Règles applicables aux entreprises ayant leur siège dans un Etat membre de la Communauté européenne

*Art. 7-1 (...)
Art. 7-2 (...)
Art. 7-3 (...)
Art. 7-4 (...). »*

Cette présentation est meilleure que celle consistant à créer le nouveau chapitre, puis à préciser son intitulé, puis à introduire chacun des articles qui s'y trouvent inclus.

E. Modification de plusieurs dispositions d'un même texte

1°) Lorsque l'on modifie plusieurs dispositions d'un même texte, il convient de suivre l'ordre des articles de ce texte. Exceptionnellement, lorsqu'il est procédé à de nombreuses modifications traitant elles-mêmes de sujets divers, ces modifications peuvent être regroupées selon leur objet, quitte à ne pas respecter l'ordre des articles.

Mais on s'abstiendra dans toute la mesure du possible de procéder à plusieurs modifications du même article par des articles distincts du texte modificatif.

2°) Deux présentations des modifications sont possibles. La première consiste à procéder par un seul article, comportant autant de subdivisions qu'il y a d'articles modifiés. On écrira ainsi :

Article 1^{er} – Le décret du susvisé est modifié (ou « Les articles 2, 8, 14, 17 et 20 du décret dususvisé sont modifiés ») ainsi qu'il suit :

1° Le troisième alinéa du III de l'article 2 est remplacé par les dispositions suivantes : / « » ;

2° L'article 8 est remplacé par les dispositions suivantes : / « » ;

3° Au second alinéa de l'article 14, le mot : « neuvième » est remplacé par le mot : « sixième » ;

4° Le troisième alinéa de l'article 17 est abrogé ;

5° Il est ajouté à l'article 20 un alinéa ainsi rédigé : / « ».

L'autre présentation consiste à modifier séparément, par un article distinct du texte modificatif, chacun des articles du texte modifié. Ce qui donne, avec le même exemple :

Article 1^{er} – Le troisième alinéa du III de l'article 2 du décret du susvisé est remplacé par les dispositions suivantes : / « » ;

Article 2 - L'article 8 du même décret est remplacé par les dispositions suivantes : / « » ;

Article 3 - Au second alinéa de l'article 14 du même décret, le mot : « neuvième » est remplacé par le mot : « sixième » ;

Article 4 - Le troisième alinéa de l'article 17 du même décret est supprimé ;

Article 5 - Il est ajouté à l'article 20 du même décret un alinéa ainsi rédigé : / « ».

Le choix entre ces deux formules est affaire d'espèce. La première est plutôt à réserver aux textes courts comportant peu de modifications, la seconde aux textes longs comportant de nombreuses modifications. Il ne faut pas utiliser successivement ces deux formules au sein d'un même texte modificatif.

S'agissant des projets de loi, on prendra en considération le fait que c'est par article qu'il est procédé à la discussion, au vote et à la navette entre les deux assemblées. Ceci conduira à présenter de préférence par des articles séparés les modifications apportées aux articles d'une loi, en tout cas lorsque ces modifications sont nombreuses et importantes.

On peut également, pour les textes réglementaires, et lorsqu'il s'agit de modifier un nombre important de dispositions, utiliser une troisième présentation consistant à indiquer le texte que l'on va modifier dans l'article 1^{er} afin de ne plus avoir, par la suite, à le mentionner :

« Art. 1^{er}. - Le décret du ... est modifié conformément aux dispositions des articles 2 à 12 du présent décret.

Art. 2. – Le troisième alinéa du III de l'article 2 est remplacé par les dispositions suivantes

... »

3°) Les modifications qu'un texte apporte à un autre texte entrent toutes en vigueur simultanément, sauf mention contraire : la succession logique selon laquelle ces modifications sont présentées, par plusieurs articles ou au sein d'un même article, n'implique pas de succession chronologique.

En conséquence, un projet qui procède à plusieurs modifications d'un même texte doit normalement le faire en se référant à chaque fois à l'état actuel de ce texte, sans tenir pour déjà acquises les modifications apportées par ailleurs. Ceci vaut des modifications qui touchent à la structure du texte : par exemple, si l'on se réfère pour le modifier au cinquième alinéa de l'article 7 d'un texte, sans autre précision, il doit s'agir du cinquième alinéa de l'article 7 actuel, même si sont

introduits par une autre disposition du texte modificatif deux alinéas en tête du même article, ce qui aura pour effet de décaler la numérotation des alinéas existants : au moment où l'on se place, ce décalage n'est pas encore intervenu.

Ceci est vrai même si l'ajout des alinéas supplémentaires résulte d'une disposition placée plus haut dans le texte modificatif ; il serait au demeurant étrange que le même alinéa d'un article du texte modifié doive être désigné différemment selon que l'insertion de nouveaux alinéas dans cet article est opérée plus tôt ou au contraire plus loin dans le texte modificatif.

Le Parlement est très attaché à cette règle, en tout cas au niveau des articles. Toute autre technique de rédaction des projets de loi a en effet pour conséquence de créer un lien formel entre des articles qui seront soumis au vote séparément.

Pour autant, il est nécessaire d'assurer la cohérence ex post du texte modifié. Les dispositions nouvelles que l'on insère doivent donc prendre en compte les autres modifications apportées au texte.

On écrira ainsi :

Article 1^{er} – Le décret du.....susvisé est ainsi modifié :

1° Au début de l'article 1^{er}, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« L'exercice de l'activité de est soumis à autorisation préalable. » ;

2° Au premier alinéa de l'article 1^{er}, à l'article 2 et à l'article 7, les mots : « la commission » sont remplacés par les mots : « le comité » ;

3° A l'article 2, après les mots : « la commission se prononce » sont insérés les mots : « sauf dans les cas prévus à l'article 3 » ;

4° A l'article 8, il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Le comité mentionné au deuxième alinéa de l'article 1^{er}..... ».

Cependant, pour éviter tout malentendu et faciliter la compréhension du texte, on peut rechercher des formules contournant la difficulté ou explicitant la méthode retenue. Par exemple :

Article 5 – L'article 14 du même décret devient l'article 15. Dans cet article, les mots : « la commission » sont remplacés par les mots : « le comité ».

Ou, pour reprendre en partie l'exemple précédent :

2° Au premier alinéa de l'article 1^{er}, qui devient le deuxième, à l'article 2 et à l'article 7, les mots : « la commission » sont remplacés par les mots : « le comité » ;

3° A l'article 2, après les mots : « se prononce » sont ajoutés les mots : « sauf dans les cas prévus à l'article 3 » ;

S'il apparaît toutefois nécessaire de se référer à l'état du texte après modification par d'autres dispositions du texte modificatif, il faut le faire de manière explicite par des formules telles que « après l'article 3-1 nouveau » ou « après le troisième alinéa de l'article 5 du décret du....tel que modifié par l'article 2 du présent décret ». On trouve un exemple d'un tel mode de rédaction au III de l'article 22 de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce :

« III – A l'article 245-1 du même code, tel qu'il résulte de l'article 6, les mots : « en cas de divorce pour faute, et » sont supprimés. »

F. Dispositions transitoires

Quand un texte modifie un texte antérieur et comporte en outre des dispositions relatives à l'entrée en vigueur des modifications apportées ou définissant un régime transitoire, ces dispositions doivent faire l'objet d'un ou plusieurs articles distincts placés à la fin du texte modificatif et ne pas être incorporées au texte modifié, puisqu'elles n'ont pas de portée permanente.

Les dispositions transitoires ou d'entrée en vigueur qui auraient été néanmoins incorporées dans le texte modifié peuvent être supprimées, dès lors qu'elles sont devenues obsolètes, à l'occasion d'une nouvelle modification.

FICHE 3.4.2

LA METHODE DES RENVOIS AU DROIT POSITIF (LEGISLATION PAR REFERENCE)

I. Intérêt de la méthode

Le recours à la méthode consistant à se référer pour la définition d'une règle nouvelle à des dispositions existantes est souvent inévitable et, la plupart du temps, souhaitable :

- cette méthode permet de préciser le champ d'application de la règle nouvelle par rapport à celui des règles existantes, réduisant ainsi l'incertitude juridique pouvant résulter de la juxtaposition de textes traitant de situations similaires :

« Article L313-13 du code de la consommation

« Les dispositions de l'article L.511-5 du code de commerce sont applicables aux lettres de change et billets à ordre souscrits ou avalisés par les emprunteurs même majeurs à l'occasion des opérations de crédit régies par le présent titre à l'exception des sections 2, 4, 6 et 7 du chapitre II et des sections 1, 3 et 4 à 8 du présent chapitre. »

Article L122-10 code de la consommation

Les dispositions des articles L. 122-8 et L. 122-9 sont applicables à quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour se faire remettre, sans contreparties réelles, des sommes en numéraire ou par virement, des chèques bancaires ou postaux, des ordres de paiement par carte de paiement ou carte de crédit, ou bien des valeurs mobilières, au sens de l'article 529 du code civil.

Article L1126-7 du code de la santé publique

Par dérogation à l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance est seul compétent pour statuer sur toute action en indemnisation des dommages résultant d'une recherche biomédicale ; cette action se prescrit dans les conditions prévues à l'article 2270-1 du code civil. »

- elle évite la répétition de dispositions dont il est souhaité faire application :

Article 133-6 du code pénal

Les obligations de nature civile résultant d'une décision pénale devenue définitive se prescrivent d'après les règles du code civil.

Article 122-11 du code pénal

Les infractions aux dispositions de la présente section peuvent être constatées et poursuivies dans les conditions fixées par les articles L.450-1, L.450-2, L.450-3 et L.450-8 du code de commerce.

Dans les textes codifiés, la technique de « code suiveur » permet de même de rappeler l'existence de dispositions qui s'appliquent, en tout état de cause, à la situation considérée :

Article L222-1 du code de la recherche

L'utilisation de tissus et de cellules issus du corps humain à des fins scientifiques est régie par les dispositions des articles L. 1243-2, L. 1243-3 et du 4e alinéa de l'article L. 1245-4 du code de la santé publique, ci-après reproduites :

Toutefois, le renvoi à d'autres textes, utilisé à mauvais escient ou de manière trop systématique, peut comporter des risques pour l'intelligibilité et la clarté de la règle de droit :

Art. L 411-4 du code de la construction et de l'habitation - *Les logements locatifs sociaux appartenant aux sociétés d'économie mixte construits, acquis ou acquis et améliorés avec une aide de l'Etat à compter du 5 janvier 1977 et faisant l'objet d'une convention définie à l'article L. 351-2 demeurent soumis, après l'expiration de la convention, même lorsqu'ils font l'objet d'un transfert de propriété, et y compris en cas de cession non volontaire, à des règles d'attribution sous condition de ressources et des maxima de loyer fixés par l'autorité administrative dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Les articles L. 353-15-1, L. 353-19 et L. 442-6-1 sont applicables aux locataires de ces logements. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque les logements ont été construits dans le cadre d'un bail à construction ou d'un bail emphytéotique après l'expiration de ce bail, lorsque celui-ci prévoit que le propriétaire d'un terrain devient propriétaire des constructions. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux logements vendus par les sociétés d'économie mixte en application des premier, troisième et cinquième alinéas de l'article L. 443-11.*

article 1er de la directive 89/465

« Les Etats membres qui ont appliqué la TVA aux opérations visées aux points 4 et 5 de l'annexe E sont autorisés à appliquer les conditions prévues à l'article 13 lettre A paragraphe 2 point a) dernier tiret également aux prestations de services et livraisons de biens visés à l'article 13 lettre L paragraphe 1 points m) et n) »

II. Règles à observer

Du fait de ces risques, on observera donc les règles suivantes.

A. Renvoi entre textes de même niveau

Le renvoi ne peut, en principe, avoir lieu qu'entre textes de même niveau :

- une loi organique ne peut renvoyer, pour définir par exemple son champ d'application à une disposition législative ordinaire existante ; il en va de même d'une loi à l'égard d'un décret ou d'un décret à l'égard d'un arrêté.

Il arrive toutefois que, pour des raisons de commodité, certaines dispositions d'une loi organique procèdent par référence à une loi ordinaire. En pareil cas, les modifications que viendrait à subir la loi ordinaire à laquelle il est ainsi fait référence ne seront prises en compte par la loi organique qu'au prix d'une nouvelle intervention du législateur organique. Afin d'éviter toute ambiguïté sur ce point, il est d'usage de préciser que les dispositions de la loi ordinaire auxquelles il est ainsi renvoyé sont celles en vigueur à la date de publication de la loi organique :

Article LO227-3 du code électoral

Pour chaque bureau de vote, la liste électorale complémentaire est dressée et révisée par les autorités compétentes pour dresser et réviser la liste électorale.

Les dispositions des articles L. 10 et L. 11, L. 15 à L. 17, L. 18 à L. 41 et L. 43, dans leur rédaction en vigueur à la date de publication de la loi organique n° 98-404 du 25 mai 1998, qui sont relatives à l'établissement des listes électorales et au contrôle de leur régularité sont applicables à l'établissement des listes électorales complémentaires et au contrôle de leur régularité. Les droits conférés par ces articles aux nationaux français sont exercés par les personnes mentionnées à l'article LO 227-1.

Le même principe vaut dans le cas, qui ne peut être qu'exceptionnel, d'un renvoi par une loi à un décret existant :

Article L515-13 du code de l'environnement

I. -(...)

II. - Ainsi qu'il est dit à l'article 90 II de la loi de finances rectificative pour 1992 (n° 92-1476 du 31 décembre 1992), toute demande de l'agrément mentionné au I au titre de l'utilisation confinée d'organismes génétiquement modifiés est assortie d'une taxe représentative des frais d'instruction et perçue au profit du budget général de l'Etat. Elle est exigible lors du dépôt du dossier. Son montant est fixé à 1 525 euros par dossier. Il est réduit à 305 euros lorsque la demande d'agrément concerne une utilisation confinée autre que la première.

Le recouvrement et le contentieux de la taxe instituée au précédent alinéa sont suivis par les comptables du Trésor public selon les modalités fixées aux articles 81 à 95 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique dans leur rédaction en vigueur à la date du 13 juillet 1992.

- le renvoi par un texte à un texte de niveau supérieur peut présenter également des inconvénients :

*en tant qu'il ne fait que rappeler l'existence de règles qui s'imposent dans le domaine considéré, il n'a au mieux qu'une valeur pédagogique et ne doit être utilisé qu'en cas de réelle nécessité :

Article R172-13 du code de la sécurité sociale

Les dispositions de la présente sous-section sont applicables aux personnes qui peuvent prétendre simultanément au bénéfice des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité à deux ou plusieurs des titres ci-après :

- 1°) Titulaire de l'allocation de parent isolé, conformément à l'article L. 381-2 ;*
- 2°) Ayant droit d'un assuré social décédé, conformément au premier alinéa de l'article L. 161-15 ;*
- 3°) Personne divorcée et membres de sa famille à sa charge, conformément au deuxième alinéa de l'article L. 161-15 ;*
- 4°) Ayant droit d'un assuré social décédé ou personne divorcée et membres de sa famille à sa charge, conformément au troisième alinéa de l'article L. 161-15 ;*
- 5°) Membres de la famille des détenus inactifs et incarcérés depuis moins d'un an, conformément à l'article L. 161-12 ;*
- 6°) Titulaire de l'allocation aux adultes handicapés, conformément à l'article L. 381-27 ;*
- 7°) Bénéficiaire du troisième alinéa de l'article L. 311-5 et de l'article 77 du décret du 21 septembre 1950 susvisé ;*
- 8°) Bénéficiaire de l'article L. 161-8.*

Il est à cet égard inutile de rappeler, dans des textes réglementaires relatifs à l'exercice de certaines professions ou activités, que les intéressés sont soumis au secret professionnel dans les

conditions et sous les sanctions prévues par l'article 226-13 du code pénal dont les termes s'imposent à toute personne « dépositaire d'une information à caractère secret soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire. »

*mais un tel renvoi peut également être interprété comme une extension du champ d'application de la disposition législative, comme tel illégal.

B. Renvois à éviter

Sont à éviter :

- le renvoi à des dispositions qui procèdent elles-mêmes à des renvois ;
- la multiplication des renvois au sein d'un même article ;
- les renvois généraux du type « sauf dispositions législatives/réglementaires contraires » ;

C. Renvoi destiné à modifier le champ d'application d'une disposition existante

La technique du renvoi utilisée pour modifier le champ d'application d'une disposition existante fait appel à des expressions - « par dérogation », « sous réserve », « sans préjudice », etc.- qui ont un sens précis (voir fiche 3.3.2, choix des termes et locutions juridiques).

- On prendra garde de s'assurer dans leur emploi de la parfaite articulation entre le texte envisagé et le texte auquel on renvoie : quelle dérogation précise souhaite-t-on apporter à celui-ci ? Les dispositions dont on souhaite réserver l'application sont-elles compatibles avec le texte envisagé ? N'y a-t-il pas lieu de préciser ou de remplacer certains termes pour que le renvoi ait un sens ?

Article L932-23 du code de la sécurité sociale

A l'exception des articles L. 131-2, L. 131-3, L. 132-5-1, L. 132-6, L. 132-7, L. 132-10, L. 132-15, L. 132-17, et L. 132-19 et, pour les opérations collectives à adhésion obligatoire ou facultative, des articles L. 132-2, L. 132-8 et L. 132-9, les dispositions du chapitre Ier et de la section 1 du chapitre II du titre III du livre Ier du code des assurances sont applicables aux règlements et contrats des institutions de prévoyance lorsqu'elles réalisent des opérations d'assurance sur la vie et de capitalisation.

Pour l'application du présent article, les mots : "assureurs" et "entreprises d'assurance" figurant dans ces dispositions du code des assurances sont remplacés par les mots : "institutions de prévoyance" ; le mot : "assuré" est remplacé par le mot : "participant" ;(...)

Il est souhaitable de ne pas multiplier ces expressions dans un même texte :

Article 33 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004

Les dispositions des articles 22 à 32 à sont applicables à compter du 1er janvier 2005, à l'exception des dispositions de l'article L. 162-22-1 du code de la sécurité sociale dans leur rédaction issue de l'article 23 et des dispositions de l'article L. 162-22-6 du même code dans leur rédaction issue de l'article 25 qui s'appliquent à compter du 1er octobre 2004 dans les établissements de santé privés mentionnés aux d et e de l'article L. 162-22-6 dans sa rédaction issue de la présente loi, sous réserve des dispositions suivantes :

I. - En 2005, par dérogation aux dispositions de l'article L. 174-2 du code de la sécurité sociale, la fraction des tarifs mentionnés au A du V du présent article et les frais afférents à la fourniture de certaines spécialités pharmaceutiques et de certains produits et prestations ne sont pas facturés aux caisses mentionnées à l'article L. 174-2 du même code par les établissements. (...)

D. Renvoi à un régime juridique ou renvoi à des articles

Les renvois à un régime juridique défini de manière littérale sont, lorsqu'ils sont possibles, préférables à des renvois à des articles ou à des divisions, les deux techniques pouvant néanmoins se combiner :

Article L311-6 du code de justice administrative.

Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par : (...)

Article 379-3 du code de procédure pénale

La cour examine l'affaire et statue sur l'accusation sans l'assistance des jurés, sauf si sont présents d'autres accusés jugés simultanément lors des débats, ou si l'absence de l'accusé a été constatée après le commencement des débats.

Si un avocat est présent pour assurer la défense des intérêts de l'accusé, la procédure se déroule conformément aux dispositions des articles 306 à 379-1, à l'exception des dispositions relatives à l'interrogatoire ou à la présence de l'accusé.

Article L123-19 du code de l'urbanisme :

Les plans d'occupation des sols approuvés avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 précitée ont les mêmes effets que les plans locaux d'urbanisme. Ils sont soumis au régime juridique des plans locaux d'urbanisme défini par les articles L. 123-1-1 à L. 123-18. Les dispositions de l'article L. 123-1, dans leur rédaction antérieure à cette loi, leur demeurent applicables.

Le renvoi à un régime juridique synthétiquement défini permet au demeurant de ne pas se heurter à l'inconvénient que présente le renvoi à des articles, ceux-ci pouvant être modifiés, déplacés ou abrogés sans qu'il en soit tenu compte dans les textes auxquels ils renvoient.

FICHE 3.5.1

Le renvoi par une loi ou une ordonnance à des textes réglementaires d'application

I. Principes

Le Premier ministre dispose en vertu de l'article 21 de la Constitution du pouvoir d'exécution des lois et, sous réserve de l'article 13, du pouvoir réglementaire. Ainsi, contrairement à une opinion trop souvent répandue, il n'est pas juridiquement nécessaire qu'une loi renvoie à des décrets d'application pour que ceux-ci puissent être pris. Au demeurant, en principe, une loi entre en vigueur sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures d'application, peu important à cet égard qu'elle ait prévu l'intervention de celles-ci. Saisi de la question de savoir si une disposition législative est entrée en vigueur, le juge s'attache en effet, pour y répondre, non à l'existence d'un renvoi à des mesures d'application mais au contenu et à la précision de la disposition en cause. Et l'administration est tenue de prendre, dans un délai raisonnable, les dispositions réglementaires nécessaires à l'application d'une loi, sans pouvoir se retrancher derrière l'absence « d'habilitation » du législateur. L'absence de texte d'application ou un retard excessif dans sa publication est de nature à engager la responsabilité de l'Etat (CE, 28 juillet 2000, Assoc. France Nature Environnement). Le Conseil d'Etat a une conception stricte du délai raisonnable (voir pour un délai inférieur à un an 27 juillet 2005 Association Bretagne Ateliers).

En revanche, les ministres et les autres autorités administratives ne disposent en principe ni du pouvoir d'exécution des lois, ni du pouvoir réglementaire. Ainsi, s'il est souhaité que des mesures d'application soient prises par ces autorités, des mentions explicites doivent être prévues par le législateur. L'habilitation donnée à ces autorités doit respecter la jurisprudence constitutionnelle qui ne l'admet que « pour des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (CC n° 88-248 DC du 17 janvier 1989). Le renvoi à des dispositions conventionnelles obéit à des règles particulières (voir *fiche 3.5.2, le renvoi à un acte conventionnel*).

II. Le choix des textes d'application

Dans toute la mesure du possible, la liste des textes d'application et leur contenu, ou au moins les grandes lignes de celui-ci, doivent être déterminés au moment où sont préparées les dispositions législatives que ces textes ont vocation à appliquer. Cette conception d'ensemble (voir *fiche 1.2.1 Efficacité des textes*) s'avère indispensable pour :

- faire le départ entre ce qui relève du législateur et ce qui relève du pouvoir réglementaire (voir *fiche 1.3.2 Répartition loi/règlement – considérations générales*) et adapter en conséquence le cas échéant les dispositions législatives envisagées ;

- choisir la nature des textes d'application qui seront pris : décret en Conseil d'Etat , décret simple ou arrêté ministériel, étant précisé que ces textes peuvent se combiner pour l'application d'une même disposition ;

- respecter (ou revenir sur) les choix existants lorsque, comme c'est fréquemment le cas, la disposition législative a pour objet de modifier une autre disposition législative, souvent codifiée, qui a elle-même prévu des textes d'application.

A.Choix entre décrets, arrêtés ministériels ou autres mesures réglementaires

Dès lors qu'il revient en principe au Premier ministre (ou au Président de la République par décret en conseil des ministres) de préciser les modalités d'application d'une loi ou d'une ordonnance, le renvoi direct par la loi ou l'ordonnance à des actes réglementaires autres que des décrets ne peut qu'être exceptionnel.

En dehors des hypothèses dans lesquelles le législateur confie à des autorités administratives indépendantes ou à des collectivités locales un pouvoir réglementaire qui s'exercera non pour l'application mais en application de la loi ou de l'ordonnance, il ne peut s'agir que du renvoi à des décisions réglementaires ministérielles prises par arrêté.

On n'y aura recours que pour la fixation de normes dont la technicité ou la portée limitée (fixer des prix, des seuils ou des plafonds, dresser des listes, etc.) ne requièrent ni l'expertise juridique qu'apporterait la consultation du Conseil d'Etat sur un projet de décret, ni des discussions interministérielles délicates conduisant in fine le Premier ministre (ou le Président de la République) à trancher. La transposition de directives communautaires constitue un bon exemple de la possibilité de recours direct à des arrêtés ministériels une fois les principes fixés par la loi (ou l'ordonnance).

Dans ces différents cas, il est rappelé qu'il convient non de faire référence au titre du ministre en exercice au moment où le renvoi est élaboré mais de désigner le ministre chargé des attributions lui donnant compétence pour prendre les mesures envisagées. Les titres des ministres peuvent en effet varier alors que l'habilitation est permanente, la référence au titre à un moment donné pouvant ainsi être source d'incertitude à l'avenir sur le ministre effectivement compétent. On renverra ainsi non à un « *arrêté du ministre des solidarités, de la santé et de la famille* » mais, si la mesure est relative à la sécurité sociale, à un « *arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale* ». Font exception les ministres dont le titre revêt une certaine permanence : le ministre de la justice, le ministre de l'intérieur (mais pour un arrêté dans un domaine concernant les collectivités territoriales, la formule « *le ministre chargé des collectivités territoriales* » est plus prudente), le ministre des affaires étrangères et le ministre de la défense.

B. Choix entre décret simple et décret en Conseil d'Etat

Le choix entre décret simple et décret en Conseil d'Etat ne résulte pas de l'application d'une norme supérieure qui en aurait fixé les domaines respectifs d'intervention. Hormis le second alinéa de l'article 37 de la Constitution, aucune disposition constitutionnelle n'a donné de compétence au pouvoir réglementaire agissant exclusivement par voie de décret en Conseil d'Etat.

Le choix appartient donc au législateur, étant toutefois rappelé qu'alors même que la loi renvoie à un décret simple, rien n'interdit au Gouvernement de consulter le Conseil d'Etat, voire de décider que ce décret sera un décret en Conseil d'Etat (voir *fiche 1.3.3 Différentes catégories de décrets*).

Il est d'usage de recourir au décret en Conseil d'Etat dans certaines matières lorsqu'il faut compléter ou préciser la loi en édictant des règles qui :

- affectent les droits et obligations des citoyens ;
- intéressent les droits fondamentaux de la personne ;

- sont relatives aux droits sociaux et au droit du travail.

Un décret en Conseil d'Etat peut, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel (CC n° 73-76 L du 20 février 1973 ; CC n° 77-98 L du 27 avril 1977), représenter « *une garantie essentielle* » pour la libre administration des collectivités territoriales (organisation et fonctionnement de ces collectivités et de leurs groupements) ou pour la protection de la propriété privée (dispositions intéressant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales).

C.Choix d'un décret en conseil des ministres

Il n'est pas d'usage que le législateur prévoie qu'un décret sera délibéré en conseil des ministres, autrement dit désigne le Président de la République comme autorité compétente pour prendre un décret. Un tel choix relève des autorités gouvernementales et peut être effectué postérieurement à l'élaboration de la loi ou de l'ordonnance. Il existe toutefois des exemples d'un tel renvoi, voir par exemple l'article 8 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, pour les statuts des corps de fonctionnaires comportant des emplois auxquels il est pourvu en Conseil des ministres.

III. Techniques et contenus des renvois

A. Principes généraux

La pratique distingue le renvoi général – « *un décret fixe les mesures d'application...* » - et le renvoi précis – « *Les opérations de crédit-bail sont soumises à une publicité dont les modalités sont fixées par décret. Ce décret précise les conditions dans lesquelles le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers* » (art. L 313-10 du code monétaire et financier).

Le législateur ne pouvant, sans méconnaître sa compétence, renvoyer à un texte réglementaire le soin de prendre des mesures relevant de l'article 34 de la Constitution, l'utilisation de l'une ou l'autre de ces techniques et la formulation des renvois à des textes d'application doit donc éviter deux écueils :

- le choix du renvoi général pour l'application de dispositions législatives insuffisamment précises ; dans ce cas le législateur ne pourra être regardé comme ayant confié au pouvoir réglementaire le soin d'intervenir dans le domaine de la loi, pour venir apporter des précisions ou fixer des règles qui en relèvent. Le renvoi général sera interprété strictement par le Conseil d'Etat dans ses attributions administratives comme dans ses attributions contentieuses;

- le choix d'un renvoi désignant précisément les domaines d'intervention de la mesure réglementaire si ces domaines figurent au nombre de ceux mentionnés dans l'article 34 de la Constitution. S'il est saisi de la disposition législative, le Conseil constitutionnel la censurera à ce titre (CC n° 80-115 DC du 1er juillet 1980). Il en ira de même pour le Conseil d'Etat à l'égard d'une ordonnance, tant au stade de l'examen du projet par les formations administratives qu'en cas de recours contentieux.

Pour la même raison, la loi (ou l'ordonnance) ne peut renvoyer à un décret ou à toute autre mesure réglementaire le soin de fixer sa date d'entrée en vigueur (CC n°86-223 DC du 29 décembre 1986). La formule « *la présente loi/ordonnance entrera en vigueur à une date fixée par décret* » est donc à proscrire. Il est en revanche possible et parfois souhaitable que le pouvoir réglementaire dispose d'une marge de manœuvre sur la date d'entrée en vigueur de la loi dans des limites fixées par le législateur. Pour ce faire, il est d'usage de compléter les dispositions en cause par la phrase « *la présente loi/ordonnance entrera en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard le...* »

On prendra garde lors de la modification d'un texte législatif, pour laquelle des mesures d'application sont envisagées, aux renvois préexistants à de telles mesures qui pourraient figurer sous la forme d'un article final d'un chapitre, titre ou livre de cette loi ou de la partie législative de ce code. Il convient en effet dans ce cas de s'assurer de la cohérence des renvois existants et prévus. Ainsi en renvoyant, pour l'application de dispositions législatives insérées dans une division d'un code, à des mesures «prises par voie réglementaire », on ne déroge pas à l'article final de la division de ce code selon lequel les mesures d'application de cette division sont prises par décret en Conseil d'Etat. Un décret d'application pris sans que le Conseil d'Etat ait été consulté au préalable est ainsi illégal (CE 10 août 2005 Société ADP GSI France et autres). Tel n'est en revanche pas le cas si l'on a renvoyé à des mesures prises « par décret ». Dans cette hypothèse, l'auteur du texte est réputé avoir dérogé à la disposition générale renvoyant à un décret en Conseil d'Etat (même décision).

B. Modalités pratiques

1°) le renvoi général

Ce type de renvoi n'est possible que pour les décrets. La formule généralement employée est la suivante : « *un décret /un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article (chapitre, titre ou toute autre division) ou de l'article X (du chapitre, du titre ou toute autre division X)* ». Cet alinéa est généralement inséré en fin d'article (chapitre, titre ou toute autre division).

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le renvoi général à un décret simple n'est pas juridiquement nécessaire, l'ajout des mots « *en tant que de besoin* », parfois utilisé, ne changeant rien à l'état du droit. Ce renvoi est néanmoins opportun dans des textes législatifs comportant de très nombreux articles, afin de faciliter le décompte des mesures d'application à prendre.

S'il est souhaité, lors de la modification d'un texte qui a lui même prévu explicitement l'intervention de mesures réglementaires diverses (décret simple, arrêté ministériel), que l'application de ce texte fasse l'objet d'un décret en Conseil d'Etat sans que soient nécessairement remises en cause les mesures réglementaires prises antérieurement, il est d'usage d'utiliser la formule « *sauf dispositions contraires, les mesures d'application (du présent chapitre/titre/etc.) sont prises par décret en Conseil d'Etat* ».

Le renvoi à un décret pour fixer les « conditions » au lieu des « modalités » ne modifie pas l'étendue des pouvoirs dont disposera l'auteur du décret.

L'emploi de la formule « *Les modalités d'application du présent article (chapitre, titre ou toute autre division) sont fixées par voie réglementaire* » signifie que ces modalités seront fixées, en principe, par décret simple.

2°) le renvoi précis

A un renvoi général peut, et, dans certains cas, doit (arrêté ministériel ou décision prise par une autre autorité) être préféré le renvoi assignant à l'autorité que l'on charge de la mesure d'application la définition de règles dans des domaines précisément définis.

Diverses formules rédactionnelles peuvent être employées indifféremment :

- un décret fixe : 1° ; 2°, etc...
- un décret détermine
- un arrêté du ministre chargé de l'économie définit les caractéristiques...

Il peut apparaître utile de se faire succéder dans la même disposition la définition du domaine d'intervention des mesures à intervenir et des illustrations de celles-ci :

« Les opérations de crédit-bail sont soumises à une publicité dont les modalités sont fixées par décret. Ce décret précise les conditions dans lesquelles le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers. » (art. L 313-10 du code monétaire et financier).

Toutefois, il convient de ne pas abuser de cette facilité, comme c'est souvent le cas avec l'emploi de l'adverbe notamment, qui est rarement utile :

« Un décret fixe les modalités d'application du présent article, notamment les sanctions encourues en cas de non-respect des prescriptions du présent article ».

On évitera, en tout état de cause, l'emploi de la locution « et notamment » que la syntaxe réprouve et qui n'est d'aucune utilité :

« Les conditions d'application du I, et notamment les obligations déclaratives, sont déterminées par décret ».

Fiche 3.5.2

Le renvoi à un acte conventionnel d'application

I. La possibilité pour le législateur de renvoyer à un acte négocié pour la mise en œuvre de la loi

- Dans le domaine des relations de travail, le Conseil constitutionnel a, sur le fondement du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, admis que le législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, pouvait laisser aux employeurs et aux salariés ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte (décision n°89-257 DC du 25 juillet 1989, cons. 10 et 11 ; décision n°99-423 DC du 13 janvier 2000, cons. 28 ; décision n°2004-494 DC du 29 avril 2004, cons. 8).

- Dans le domaine de la sécurité sociale, le renvoi à la négociation pour fixer les tarifs d'honoraires relatifs aux soins délivrés aux assurés sociaux a été admis et regardé comme un principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution, s'imposant en conséquence à l'autorité réglementaire (CE, Ass, 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins ; CC n°89-269 DC du 22 janvier 1990).

- Cependant, le renvoi à la négociation doit s'opérer dans le respect des dispositions de l'article 34 de la Constitution

Lorsque le législateur entend permettre aux négociateurs de déroger par la voie conventionnelle à une règle à laquelle il confère un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions, de fond comme de forme, de cette dérogation (décision n°2004-494 DC du 29 avril 2004, cons. 8). A défaut, le législateur resterait en deçà de sa compétence.

L'habilitation donnée aux parties signataires des conventions nationales par l'article L.162-5 du code de la sécurité sociale ne saurait dispenser le législateur de déterminer les principes fondamentaux de la sécurité sociale et de fixer ou de charger des décrets de fixer certaines obligations incombant aux organismes de sécurité sociale ou aux médecins (CE, section, 14 avril 1999, Syndicat des médecins libéraux).

- La question du respect des dispositions de l'article 21 de la Constitution se pose dans des termes différents

Dans le domaine des relations de travail, le législateur peut renvoyer à la négociation la détermination des modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte et prévoir qu'en l'absence de convention collective, ces modalités seront fixées par décret (décision n°2004-507 DC du 9 décembre 2004, cons. 11).

Dans le domaine de la sécurité sociale, le mécanisme de mise en œuvre des conventions prévues par l'article L.162-5 du code de la sécurité sociale doit respecter l'article 21 de la Constitution (décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990 : en l'espèce a été admise l'approbation par l'autorité ministérielle et non par le Premier ministre des conventions prévues par l'article L.162-5 du code de la sécurité sociale en raison de la portée étroitement circonscrite de la délégation du Premier ministre au ministre compétent).

Dans les autres domaines, en l'absence de principe de valeur constitutionnelle fondant une délégation du législateur aux partenaires sociaux, la loi ne peut subordonner son entrée en vigueur à la conclusion obligatoire de conventions sans méconnaître les dispositions de l'article 21 de la Constitution (décision n° 78-95 DC du 27 juillet 1978, cons. 9).

II. La possibilité pour le pouvoir réglementaire de renvoyer à un acte négocié pour la mise en œuvre de la réglementation

En principe, dès lors qu'une situation est « *légale et réglementaire* », elle ne peut faire l'objet d'accords contractuels et la décision par laquelle le ministre signerait un accord comportant des stipulations affectant cette situation, serait entachée pour cette raison d'illégalité (CE, section, 20 janvier 1978, syndicat national de l'enseignement technique agricole public).

Ainsi, les « *accords* » conclus dans la fonction publique entre le Premier ministre ou un ministre et les organisations syndicales constituent une déclaration d'intention dépourvue de valeur juridique et de force contraignante (CE, 27 octobre 1989, syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation ; CE, 27 juin 1997, Union des personnels de surveillance d'encadrement pénitentiaire et postulants).

Lorsqu'une loi a renvoyé à un décret le soin de fixer ses modalités d'application, ce décret ne peut légalement renvoyer la détermination de certaines de ces modalités à un accord interprofessionnel soumis à homologation par arrêté ministériel (CE, 3 octobre 1969, Bertheloot).

Fiche 3.5.3

LA SUBDELEGATION

La subdélégation est l'acte par lequel une autorité titulaire d'une délégation confie une partie des attributions qui lui ont été données à une autre autorité. Ce transfert du pouvoir de décision est souvent rendu nécessaire par la multiplicité et la complexité des tâches à accomplir par les autorités administratives. Il est ainsi fréquent qu'un décret renvoie à un arrêté ministériel ou interministériel le soin de fixer certaines règles qu'il appartenait normalement au décret de fixer lui-même. Cette technique de bonne administration n'est cependant légale que si sont respectées certaines conditions. En effet cette modification des pouvoirs affecte la répartition des compétences. S'agissant d'une question de compétence, le moyen tiré de l'irrégularité d'une subdélégation est un moyen d'ordre public soulevé d'office par le juge à l'encontre de l'acte pris en application de la subdélégation (CE, 14 janvier 1987, Mme Gosset).

Deux cas doivent être distingués.

I. Le renvoi par un décret d'application d'une loi à d'autres mesures réglementaires.

Le plus fréquemment, il s'agit du renvoi à un arrêté ministériel ou interministériel. Ce renvoi est toujours possible dès lors qu'en vertu de l'article 21 de la Constitution, le Premier ministre peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. Mais ce renvoi, comme toute délégation de compétences, doit être précis et encadré. L'autorité qui subdélègue ne peut renoncer entièrement à exercer ses responsabilités. Elle ne peut se décharger légalement de la mission qui lui a été confiée en renvoyant purement et simplement à une autre autorité le soin de déterminer les règles concernant l'objet en cause (CE, Ass. 30 juin 2000 Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen). Il lui revient à tout le moins de définir avec une précision suffisante les principes qu'elle entend retenir pour atteindre le but recherché et de ne renvoyer au ministre que le soin de fixer les modalités d'application de ces principes (CE, 28 septembre 1984 Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française).

Est donc à proscrire le renvoi à un arrêté ministériel du soin de fixer les règles que la loi a explicitement confiées au décret, ou même du soin de fixer, sans autre précision, les modalités d'application de ce décret.

Exemple : L'article L 313-10 du code monétaire et financier dispose que « *les opérations de crédit-bail sont soumises à une publicité dont les modalités sont fixées par décret. Ce décret précise les conditions dans lesquelles le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité aux tiers* ». Le décret pris en application de cet article ne pourra comprendre de disposition prévoyant par exemple, après avoir défini les règles de publicité sur support écrit et audiovisuel qu'un « *arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les modalités selon lesquelles cette publicité peut également être effectuée par voie électronique* ».

Les mêmes principes sont applicables lorsque le décret d'application de la loi doit être pris en Conseil d'Etat et qu'on entend renvoyer à un décret simple certaines dispositions pour lesquelles l'intervention du Conseil d'Etat n'apparaît pas nécessaire.

Le renvoi par un décret à des mesures réglementaires prises par des autorités autres que le Premier ministre ou des ministres n'est pas impossible en théorie. Encore faut-il que la possibilité d'édicter des règles entrent dans les missions de cette autorité.

II. La subdélégation par un texte autre qu'un décret.

On vise ici le cas d'un arrêté ministériel ou interministériel auquel la loi aurait renvoyé directement pour fixer des mesures d'application. Une subdélégation par le ou les ministres du pouvoir confié par la loi n'est pas possible à moins que la loi l'ait explicitement prévu. Bien évidemment, et en revanche, l'arrêté pourra être signé par une personne disposant d'une délégation de signature du ministre car le titulaire d'une délégation de pouvoir peut subdéléguer sous la forme d'une délégation de signature (CE, Ass. 12 décembre 1959 André).

FICHE 3.6.1

Elaboration et contreseing des textes comportant des dispositions relatives à l'outre-mer

I. Association du ministère chargé de l'outre-mer à l'élaboration des textes

Le ministère qui prépare un texte de portée générale doit, dès le début de la procédure d'élaboration, associer à sa rédaction le ministère chargé de l'outre-mer auquel il revient d'apprécier si le texte peut s'appliquer outre-mer au regard de l'éventuel partage de compétence entre l'Etat et les collectivités concernées, et s'il doit en opportunité s'y appliquer avec ou sans adaptation.

II. Recueil, transmission et mention des avis

A. Recueil des avis

Les règles applicables à la consultation des institutions locales sont fixées pour chaque collectivités d'outre-mer par les principes suivants.

Sauf disposition particulière, le ministre chargé de l'outre-mer est chargé de recueillir les avis des assemblées ou exécutifs locaux d'outre-mer par l'intermédiaire du représentant de l'Etat.

Lorsqu'une consultation doit intervenir, les ministères responsables doivent adresser une demande en ce sens au ministère chargé de l'outre-mer accompagnée des textes qui doivent faire l'objet de la consultation.

Le ministère chargé de l'outre-mer accuse réception de cette demande et, par le même courrier, indique la suite qu'il entend lui réserver.

S'il ne juge pas nécessaire ou opportun de saisir les assemblées ou exécutifs locaux, il en fait connaître les raisons par écrit au ministère demandeur, dans un délai tel que sa position soit connue avant l'éventuel examen du projet de texte par le Conseil d'Etat.

S'il procède à une consultation, il transmet les documents de saisine aux représentants de l'Etat dans les collectivités concernées, accompagnés d'une lettre d'instruction précisant notamment si l'urgence est demandée. Ceux-ci saisissent les assemblées ou exécutifs locaux, adressent au ministère chargé de l'outre-mer copie de la lettre de saisine et, en fin de procédure, transmettent les avis rendus.

B. Transmission des avis

S'il s'agit d'un projet de loi, d'ordonnance ou d'un projet de décret en Conseil d'Etat pour lequel le Conseil d'Etat est saisi par le secrétariat général du Gouvernement, les demandes d'avis et les avis doivent être transmis à ce dernier par le ministère chargé de l'outre-mer.

Pour les autres décrets en Conseil d'Etat, le ministère chargé de l'outre-mer envoie au Conseil d'Etat et au ministère intéressé copie de la saisine des assemblées locales puis des avis rendus.

Pour les décrets simples, l'avis doit être joint au dossier de transmission du projet au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) en vue de la signature du Premier ministre.

Il est rappelé que ces avis doivent être rendus ou le délai de consultation expiré avant l'examen du projet de texte par le Conseil d'Etat, ou avant la signature d'un décret simple et que le Conseil constitutionnel considère qu'il s'agit d'une obligation de nature constitutionnelle lorsque la consultation est prévue par une loi organique (décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004).

C. Mention des avis dans les visas

La mention des avis ne doit figurer dans les visas des décrets et des ordonnances que lorsqu'ils sont obligatoires et sous l'une des formes suivantes : "*Vu l'avis (du conseil général ou régional, de l'assemblée, ou du gouvernement) de...*" lorsqu'un avis a été rendu, soit "*Après consultation (du conseil général ou régional, de l'assemblée, ou du gouvernement) de ...*", soit "*Vu la lettre de saisine du...*" lorsqu'il n'a pas été émis d'avis.

III. Recours aux ordonnances pour l'extension ou l'adaptation du droit métropolitain

Les dispositions d'extension ou d'adaptation outre-mer figurant dans des projets de loi peuvent être disjointes et regroupées dans un projet de loi distinct, notamment lorsque le délai de consultation des assemblées ou des exécutifs locaux pourrait conduire à retarder l'adoption du projet de loi dans lequel elles se trouvent.

Il a également été souvent recouru, pour réaliser ces extensions, à des ordonnances prises en application d'une habilitation donnée sur le fondement de l'article 38 de la Constitution.

Une habilitation à caractère permanent figure désormais à l'article 74-1 de la Constitution pour l'extension, le cas échéant avec les adaptations nécessaires, aux collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et à la Nouvelle-Calédonie, des dispositions de nature législative en vigueur en métropole. Il convient toutefois de noter une différence substantielle entre ce régime et le droit commun de l'article 38 : les ordonnances prises sur le fondement de l'article 74-1 doivent être ratifiées dans le délai de dix-huit mois suivant leur publication, faute de quoi elles sont frappées de caducité.

Les conditions dans lesquelles les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 et celles prises sur celui de l'article 74-1 de la Constitution deviennent caduques n'étant pas identiques, la combinaison au sein d'un même texte de dispositions prises sur ce double fondement doit être proscrite (voir en ce sens Avis du Conseil d'Etat du 18 novembre 2004).

IV. Contresign du ministre chargé de l'outre-mer

Le ministre chargé de l'outre-mer contresigne, en application des règles de droit commun, les textes de l'exécution desquels il est chargé, lorsqu'il s'agit d'actes du Premier ministre, ou dont il est responsable, lorsqu'il s'agit d'actes du Président de la République. Des raisons d'opportunité et de bonne administration conduisent toutefois à recueillir son contresign dans d'autres cas.

Le ministre chargé de l'outre-mer est donc appelé à contresigner :

- les textes qui n'ont trait qu'à l'outre-mer ;
- les textes applicables en vertu d'une mention expresse dans les collectivités régies par le principe de spécialité ;

- les textes comportant une mention excluant leur application dans les départements et régions d'outre-mer car il s'agit d'une mesure spéciale pour ces collectivités. Il en est de même lorsque la loi prévoyait l'éventualité d'une mesure réglementaire d'adaptation aux départements d'outre-mer et que cette mesure n'a pas paru nécessaire ; dans ce cas une simple mention d'application qui emporte nécessité du contreseing du ministre de l'outre-mer est insérée dans le texte.

- les textes appelant des mesures particulières d'exécution du ministre chargé de l'outre-mer (exemple : désignation de représentants) ou dont le ministre de l'intérieur est lui-même contresignataire parce qu'il a des mesures générales d'exécution à prendre pour la métropole ; dans ce dernier cas, le ministre chargé de l'outre-mer est en effet regardé comme "ministre de l'intérieur des départements d'outre-mer" et doit lui aussi contresigner.

Le ministre chargé de l'outre-mer ne contresigne en revanche pas les textes applicables dans les départements et régions d'outre-mer sans adaptation lorsqu'ils ne relèvent pas de l'une des catégories précédentes.

Lorsqu'un texte contresigné par le ministre chargé de l'outre-mer est modifié ultérieurement, le contreseing de ce ministre n'est nécessaire que si les dispositions nouvelles relèvent elles-mêmes de l'un des cas dans lesquels son contreseing est exigé.

FICHE 3.6.2

LES DEPARTEMENTS ET REGIONS D'OUTRE-MER (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion)

I. Régime législatif et réglementaire.

Le régime législatif et réglementaire applicable dans les départements et les régions d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion) est celui de la métropole. Il peut faire l'objet d'adaptations. Les départements et régions d'outre-mer peuvent également se voir reconnaître le droit de fixer les règles applicables sur leur territoire.

A. Applicabilité de plein droit du droit métropolitain

Conformément au principe d'identité législative posé par l'article 73 de la Constitution, les lois et règlements s'appliquent de plein droit, et donc sans mention spéciale, dans les départements et régions d'outre-mer.

Ce principe prévaut depuis la loi n°46-451 du 19 mars 1946 qui a érigé la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion en départements d'outre-mer.

Les départements d'outre-mer ayant vécu, jusqu'en 1946, sous le régime de la spécialité, la loi du 19 mars 1946 a prévu l'extension par décret aux départements d'outre-mer des textes législatifs et réglementaires antérieurs à cette date.

Le Conseil d'Etat a interprété l'habilitation de la loi comme autorisant également l'adaptation par décret du droit existant (avis du 12 novembre 1946 puis, CE Ass., 4 février 1949, Chambre syndicale des agents généraux d'assurance de la Martinique, Rec. p. 49). L'habilitation, prolongée à plusieurs reprises (en dernier lieu par l'article 35 de la loi n° 48-24 du 6 janvier 1948), a fixé pour terme à ces opérations d'extension le 31 mars 1948. Dès lors, les textes législatifs et réglementaires antérieurs à 1946 qui n'ont pas été étendus, avec ou sans adaptation, aux départements d'outre-mer ne sont toujours pas applicables dans ces collectivités.

B. Adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières des départements et régions d'outre-mer

1°) Notion d'adaptation

En vertu de l'article 73 de la Constitution, les lois et règlements « *peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.* »

Cette nouvelle rédaction de l'article 73 de la Constitution, issue de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, élargit les cas dans lesquels sont possibles des adaptations, qui étaient auparavant limitées aux mesures « *nécessitées...par la situation particulière* » de ces collectivités.

La jurisprudence a précisé la portée de cette règle sur deux points : l'exigence de caractéristiques et contraintes particulières ; l'ampleur des adaptations possibles.

Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle sur l'existence de caractéristiques et contraintes particulières justifiant des adaptations et, en leur absence, déclare inconstitutionnelles les dispositions prises (décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004). Le juge administratif se livre à un contrôle identique pour les dispositions de nature réglementaire.

Le Conseil constitutionnel vérifie que l'ampleur des mesures d'adaptation n'excède pas ce qu'autorise l'article 73 de la Constitution. Il estime que les mesures d'adaptation, lorsqu'elles sont justifiées, *"ne sauraient avoir pour effet de conférer aux départements d'outre-mer une organisation particulière, prévue par l'article 74 de la Constitution pour les seuls territoires d'outre-mer"* (cf. décision n°82-147 DC du 2 décembre 1982 et, avec des nuances et des précisions complémentaires, décision n°84-174 DC du 25 juillet 1984). Il apprécie dès lors si les mesures proposées n'excédaient pas les mesures d'adaptation tenant aux caractéristiques et contraintes de ces collectivités.

Le Conseil d'Etat se livre à un contrôle de même nature (CE, 29 avril 1957 Charneau ; CE, 9 février 1983 Esdras et autres) et a rappelé que l'adaptation ne doit pas porter atteinte à l'esprit général du texte ; il ne peut, indique-t-il, *"être fait échec au principe d'assimilation que le législateur a voulu faire prévaloir"* (CE, 4 octobre 1967, époux Butel). Le juge de l'excès de pouvoir exerce également un contrôle sur l'appréciation au terme de laquelle le pouvoir réglementaire estime que les éléments propres aux départements d'outre-mer justifient qu'il soit procédé à une adaptation (CE, 10 novembre 2004, Ass. Droit de cité).

2°) Auteur des adaptations

a) Adaptations réalisées par l'Etat

Sous les réserves précédemment exposées, et selon les besoins des départements et régions d'outre-mer, l'application des lois et règlements peut être, par une mention expresse, exclue, différée ou liée à des mesures d'adaptation, qu'elles soient obligatoires ou facultatives.

Les mentions les plus communément utilisées dans les textes sont les suivantes :

- exclusion des départements ou régions d'outre-mer du champ d'application du texte : *"les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique et à la Réunion..."* ;
- application différée : *"les dispositions de la présente loi entreront en vigueur en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique et à la Réunion à compter..."* ;
- application liée à des mesures d'adaptation : *"les modalités d'application de la présente loi en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique et à la Réunion sont fixées par décret en Conseil d'Etat"* (mesures d'adaptation obligatoires relevant du pouvoir réglementaire) ; *"des décrets en Conseil d'Etat peuvent, en tant que de besoin, adapter les dispositions de la présente loi en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique et à la Réunion"* (mesures d'adaptation facultatives relevant du pouvoir réglementaire). Si cependant, à l'examen, une mesure réglementaire d'adaptation prévue par la loi ne paraît pas nécessaire pour ces collectivités, il suffit que les décrets d'application comprennent une simple mention d'application aux départements d'outre-mer et soient contresignés par le ministre chargé de l'outre-mer.

La détermination de l'autorité de l'Etat compétente pour procéder aux adaptations ne déroge pas au droit commun de la répartition des compétences. Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 82-152 DC du 14 janvier 1983, les mesures d'adaptation *"relèvent, selon leur objet, de la voie législative ou de la voie réglementaire"*, et, lorsqu'il s'agit de simples mesures d'application d'une disposition législative, *"même si elles doivent comporter une certaine adaptation à la situation des départements d'outre-mer, c'est à l'autorité réglementaire qu'il*

appartient normalement de les prendre, sous le contrôle de la juridiction compétente pour en apprécier la légalité".

Le Conseil constitutionnel a ultérieurement confirmé que le pouvoir réglementaire n'a pas besoin d'une habilitation législative pour prendre des mesures d'application adaptées à la situation de ces collectivités (décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990).

b) Adaptations réalisées par les départements et régions d'outre-mer

Le législateur a, en vertu du deuxième alinéa de l'article 73 de la Constitution, la faculté d'habiliter les départements et régions d'outre-mer à décider eux-mêmes les adaptations des lois et règlements dans les matières où ils exercent leurs compétences.

Une loi organique est toutefois nécessaire pour fixer dans quelles conditions et sous quelles réserves le législateur pourra donner de telles habilitations, qui ne pourront en tout état de cause intervenir lorsque seront en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

C. Compétence des collectivités pour fixer les règles applicables sur leur territoire

Les départements et régions d'outre-mer, à l'exception de la Réunion, peuvent, pour tenir compte de leur spécificité, être habilités par la loi à fixer eux-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi, à l'exception de celles mentionnées au quatrième alinéa de l'article 73 de la Constitution (nationalité ; droits civiques ; garanties des libertés publiques ; état et capacité des personnes ; organisation de la justice ; droit pénal ; procédure pénale ; politique étrangère ; défense ; sécurité et ordre publics ; monnaie ; crédit et changes ; droit électoral).

L'article 73 de la Constitution prévoit qu'une loi organique devra au préalable intervenir pour fixer dans quelles conditions et sous quelles réserves le législateur pourra donner de telles habilitations, qui ne pourront en tout état de cause intervenir lorsque seront en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti. La loi organique pourra également préciser la liste des matières dans lesquelles les collectivités ne pourront en disposer.

II. Modalités d'entrée en vigueur des textes

Aucune mesure spéciale de promulgation et de publication des lois et règlements n'est requise. Ce sont les règles normales d'entrée en vigueur fixées par l'ordonnance n° 2004-164 du 20 janvier 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs qui s'appliquent.

Les lois et règlements entrent ainsi en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication au *Journal officiel* de la République française. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

III. Consultations

Lorsqu'un texte prévoit de manière générale la consultation des conseils généraux ou des conseils régionaux, la consultation des assemblées locales des départements et des régions

d'outre-mer est requise dans les mêmes termes que celle des assemblées locales homologues de métropole.

Un régime de consultations propre aux départements et régions d'outre-mer a en outre été mis en place. Des consultations facultatives particulières sont également prévues.

A. Consultations obligatoires

1°) Consultations obligatoires de droit commun

Le régime de consultation obligatoire a d'abord été institué par l'article 1^{er} du décret n° 60-406 du 26 avril 1960 relatif à l'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative des départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion aux termes duquel : "tous projets de loi et décret tendant à adapter la législation ou l'organisation administrative des départements d'outre-mer à leur situation particulière seront préalablement soumis, pour avis, aux conseils généraux de ces départements...". Le législateur avait par ailleurs prévu la consultation des régions d'outre-mer dans certaines hypothèses.

Ce régime a été remanié par la loi d'orientation pour l'outre-mer n° 2000-1207 du 13 décembre 2000, dont l'article 44 a introduit dans le code général des collectivités territoriales des articles relatifs aux cas dans lesquels doivent être consultés les départements et les régions d'outre-mer.

Les conseils généraux et régionaux sont consultés sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions d'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative de ces départements et régions (art. L. 3444-1 et L. 4433-3-1 du CGCT) ainsi que sur les propositions d'actes de la Communauté européenne pris en application du paragraphe 2 de l'article 299 du traité instituant la Communauté européenne qui concernent leur département ou région (art. L. 3444-3 et L. 4433-3-2 du CGCT). Ce n'est que lorsqu'il apparaît que la question n'intéresse que la région ou le département que l'on peut s'en tenir à la consultation de l'assemblée correspondante.

Même si les termes utilisés ne sont pas absolument identiques, il n'apparaît pas que le législateur ait entendu modifier la portée de l'obligation de consultation qui résultait du décret de 1960 à la différence près que celle-ci est étendue aux régions d'outre-mer et inclut désormais les projets d'ordonnance. L'interprétation qui en était faite demeure donc d'actualité.

Interprétant les dispositions de l'article 1^{er} du décret du 26 avril 1960 de manière stricte, le Conseil d'Etat avait exclu du champ de la consultation les arrêtés ministériels ou interministériels (CE, Section, 1^{er} mai 1974, sieur Cozette et autres). Cette exclusion n'est pas remise en cause.

Il avait également estimé que le décret du 26 avril 1960 n'obligeait pas le Gouvernement à soumettre préalablement aux conseils généraux des départements d'outre-mer les décrets appliquant dans les départements les mêmes règles que dans les départements de la métropole (CE, 27 octobre 1965, sieur Lallemand ; CE, 29 décembre 1995 assemblée des présidents de conseils généraux et autres). Là encore, cette interprétation continue de s'imposer.

Le Conseil d'Etat a également considéré que la consultation n'est pas exigée dans l'hypothèse où un projet de texte prévoit qu'il n'est pas applicable dans le ressort géographique des départements et régions d'outre-mer, au motif qu'il s'agit d'une non application, et non à proprement parler d'une adaptation, du droit métropolitain (avis de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat du 14 mai 2002).

En revanche, les conseils généraux et régionaux doivent être consultés sur les dispositions qui tendent à rapprocher les dispositions en vigueur dans les départements et régions d'outre-mer et celles de la métropole mais laissent subsister des différences (avis de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat, 13 novembre 1985 ; avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat du 30 avril 1997). Seule l'unification pure et simple des deux régimes dispense le Gouvernement de cette consultation.

La consultation est ainsi obligatoire lorsque le texte prévoit une mesure économique, sociale ou financière particulière ou édictée dans des termes particuliers pour ces régions et départements. Cette obligation s'étend aux dispositions particulières ayant trait à l'organisation des services de l'Etat (avis de la section des travaux publics du 18 décembre 1984 et de la section de l'intérieur des 23 mars 1993 et des 20 et 27 avril 2004). La consultation ne s'impose en revanche pas lorsque les modifications apportées sont de pure forme et constituent une simple grille de lecture des dispositions applicables en métropole.

Il peut par ailleurs se déduire de deux décisions juridictionnelles (CE, 1^{er} mars 1974 sieur Cozette et autres ; CE, 16 mai 1980 Chevy et autres) que n'entrent pas dans le champ de l'obligation de consultation les mesures concernant les éléments de rémunération et les indemnités spécifiques aux fonctionnaires de l'Etat servant dans les départements et régions d'outre-mer.

En cas de doute sur l'obligation de recueillir l'avis des conseils généraux et des conseils régionaux, les services élaborant ce texte consulteront les services du ministre chargé de l'outre-mer.

2°) Consultations obligatoires particulières

Les conseils généraux et les conseils régionaux doivent être consultés sur toute décision d'attribution d'autorisation délivrée en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et communications électroniques pour les réseaux ou services locaux ou interrégionaux (consultation effectuée par l'Autorité de régulation des télécommunications) (art. L. 3444-4 et L. 4433-3-3 du CGCT) ainsi que sur les projets d'attribution ou de renouvellement des concessions portuaires et aéroportuaires concernant ces départements et régions (art. L. 3444-5 et L. 4433-3-4 du CGCT).

Les conseils régionaux sont obligatoirement consultés sur :

- tout projet d'accord international portant sur l'exploration, l'exploitation, la conservation ou la gestion des ressources naturelles, biologiques et non biologiques, dans la zone économique exclusive de la République au large des côtes de la région (article L.4433-15) ;

- tout décret en Conseil d'Etat précisant les modalités de transferts de compétences au profit des régions en matière de gestion et de conservation des ressources biologiques de la mer (article L. 4433-15-1 du CGCT) ;

- les programmes de prospection et d'exploitation des ressources minières (article L. 4433-17 du CGCT) ;

- les programmes d'exploitation et les modifications de tarifs soumis par les compagnies françaises à l'approbation de l'Etat pour les liaisons aériennes et maritimes desservant ces régions (article L. 4433-20 du CGCT).

La loi peut par ailleurs prévoir, au cas par cas, pour l'élaboration de ses mesures d'application, la consultation des départements ou régions d'outre-mer.

B. Consultations facultatives et pouvoir d'initiative des assemblées locales des départements et régions d'outre-mer

Les conseils généraux et les conseils régionaux d'outre-mer peuvent présenter des propositions de modification ou d'adaptation des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ainsi que toutes propositions relatives aux conditions du développement économique, social et culturel de la région.

Ils peuvent également faire au Premier ministre toutes remarques ou suggestions concernant le fonctionnement des services publics de l'Etat dans le département ou la région (articles L. 3444-2 et L. 4433-3 du CGCT) et adresser au Gouvernement des propositions pour l'application du paragraphe 2 de l'article 299 du traité instituant la Communauté européenne (articles L. 3444-3 et L. 4433-3-2 du CGCT).

Ces conseils peuvent adresser au Gouvernement des propositions en vue de la conclusion d'engagements internationaux concernant la coopération régionale entre la République et les Etats de la mer Caraïbe ou les Etats voisins de la Guyane ou les Etats de l'océan Indien ou d'accords avec des organismes régionaux des aires géographiques correspondantes (articles L. 3441-2 et L. 4433-4 du CGCT). Ils peuvent également saisir le Gouvernement de toute proposition tendant à l'adhésion de la France à ces mêmes organismes régionaux (articles L. 3441-7 et L. 4433-4-5 du CGCT).

Les conseils régionaux peuvent par ailleurs être saisis pour avis de « *tous projets d'accord concernant la coopération régionale en matière économique, sociale, technique, scientifique, culturelle, de sécurité civile ou d'environnement entre la République française et les Etats de la mer Caraïbe ou les Etats voisins de la Guyane... (ou) les Etats de l'océan Indien* » (article L.4433-4 du CGCT).

Des consultations facultatives peuvent également être prévues par des textes particuliers. A titre d'exemple, l'article 4 du décret n° 60-406 du 26 avril 1960 dispose que *"les chambres de commerce et les chambres d'agriculture des départements d'outre-mer pourront être appelées, par les soins du ministre... (chargé des départements et territoires d'outre-mer), à donner leur avis sur les projets de loi et dispositions réglementaires d'adaptation concernant les questions relevant de leur compétence"*.

C. Délais et moment de la consultation

1°) Délais de consultation

L'avis est, s'agissant des consultations obligatoires de droit commun, réputé acquis en l'absence de notification au représentant de l'État d'un avis exprès dans un délai d'un mois à compter de la saisine. Ce délai est réduit à quinze jours en cas d'urgence sur demande du représentant de l'État (articles L. 3444-1 et L. 4433-3-1 du CGCT).

En toute hypothèse, le défaut d'avis au terme du délai prévu ou le refus d'émettre un avis, ne bloquent pas la procédure et le Gouvernement peut poursuivre celle-ci. Toutefois, il doit établir que l'assemblée locale a bien été saisie et mise en mesure de se prononcer.

2°) Moment de la consultation

Il convient que les conseils généraux ou régionaux puissent disposer d'un délai minimum pour instruire une demande d'avis. Leur consultation doit dès lors intervenir suffisamment tôt pour que le recours à la procédure d'urgence demeure exceptionnel.

Le Conseil d'Etat devant être consulté en dernier lieu, il convient de faire en sorte que la saisine des assemblées locales, lorsque leur consultation est obligatoire, soit intervenue à une date telle que leur avis puisse être rendu ou le délai qui leur est accordé pour ce faire expiré, avant l'examen du texte par la Haute assemblée lorsque celui-ci est requis.

D. Sanction du défaut de consultation

1°) Consultations obligatoires

Le Conseil d'Etat, lorsqu'il examine un projet de décret ou de loi, sanctionne le défaut de consultation ou l'absence d'avis alors que le délai accordé à la collectivité pour se prononcer n'est pas encore expiré, en disjoignant les dispositions d'adaptation (avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat, 2 septembre 1985).

La méconnaissance de cette obligation entraîne l'annulation des dispositions réglementaires en cause (CE. 8 juin 1979, société anonyme des planteurs de canne associés et C.O.S.U.R.M.A.).

Elle ne saurait en revanche entraîner l'inconstitutionnalité d'un projet de loi. La doctrine du Gouvernement étant toutefois de ne pas passer outre aux disjonctions opérées par le Conseil d'Etat sur ce point, les ministères veilleront au respect des formalités de la consultation, lorsque cette dernière est obligatoire.

2°) Consultations facultatives

Conformément à la jurisprudence relative aux consultations, l'autorité administrative peut renoncer à prendre le texte avant même que la consultation soit achevée. Elle conserve, après consultation, la possibilité d'apporter au projet toutes les modifications qu'elle juge utiles sans être obligée de saisir à nouveau l'assemblée compétente. Le texte qui a fait l'objet d'une telle consultation facultative peut enfin être modifié ou abrogé sans que la consultation soit renouvelée.

Il convient en revanche, lorsqu'une consultation facultative a été mise en œuvre, d'attendre pour déposer un projet de loi ou prendre un décret ou une ordonnance, que les collectivités consultées aient rendu leur avis, ou que le délai qui leur était imparti pour ce faire soit expiré.

E. Portée de l'avis

A une exception près, la loi ne prévoit pas la suite qui doit être réservée aux consultations.

Seul l'article L.4433-3 du Code général des collectivités territoriales organise, et en termes de procédure uniquement, la suite à donner aux vœux du conseil régional. Il prévoit que, saisi de propositions ou d'observations relatives notamment à des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou en cours d'élaboration, "le Premier ministre accuse réception dans les quinze jours et fixe le délai dans lequel il apportera une réponse au fond".

D'une manière générale, le Gouvernement n'est pas tenu de suivre l'avis des assemblées locales. Toutefois, il devra indiquer au Conseil d'Etat, puis au Parlement ou, dans le cas d'un décret simple, dans le rapport au Premier ministre, les raisons pour lesquelles il n'a pas suivi cet avis.

Conformément à la jurisprudence sur les consultations obligatoires (voir fiche 2.1.2 – Les consultations préalables), le texte qui, après avis des assemblées locales, a été transmis au Conseil d'Etat ou déposé au Parlement ne doit pas comprendre de dispositions traitant de questions dont les assemblées locales n'auraient pu débattre.

FICHE 3.6.3.

SAINT-PIERRE-ET-MIQUELON

I. – Régime législatif et réglementaire

Jusqu'à l'intervention des dispositions organiques prévues par l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, le régime législatif et réglementaire applicable à Saint-Pierre-et-Miquelon demeure déterminé par les articles 22 et 48 de la loi n° 85-595 du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon qui disposent respectivement que « *la loi est applicable de plein droit à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon* » en dehors des matières fiscales et douanières et du domaine de l'urbanisme et du logement, et que « *les textes de nature législative précédemment applicables le demeurent dans toutes leurs dispositions qui ne sont pas contraires à la présente loi.* »

Le décret n°86-1358 du 24 décembre 1986 relatif aux dispositions de nature réglementaire applicables dans l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon dispose (art. 1^{er}) que « *demeurent applicables dans l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon les textes de nature réglementaire qui y étaient en vigueur à la date de publication de la loi n° 85-595 du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon, dans toutes leurs dispositions qui ne sont pas contraires à cette loi.* »

Les décrets postérieurs à la loi du 11 juin 1985 sont applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon sans formalités particulières, sous réserve, comme pour les lois, de la consultation préalable du conseil général lorsqu'elle est obligatoire.

Sous réserve de ce qui est indiqué ci-dessus pour les matières fiscales et douanières et du domaine de l'urbanisme et du logement, il n'est pas nécessaire de prévoir, dans les lois et règlements, une mention particulière d'applicabilité à cette collectivité.

II. – Modalités d'entrée en vigueur des textes

Jusqu'à l'intervention des dispositions organiques prévues par l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, l'entrée en vigueur des lois et règlements à Saint-Pierre-et-Miquelon intervient dans un délai d'un jour franc courant de la date d'arrivée du *Journal officiel* de la République française au chef lieu d'arrondissement. (cf. Décret du 5 novembre 1870 et 1° de l'article 12 de l'ordonnance n° 77-1100 du 26 septembre 1977)

III. – Consultations

Le conseil général de Saint-Pierre-et-Miquelon est consulté sur les projets de loi ou de décret portant dispositions spéciales pour l'archipel (art. 24 de la loi du 11 juin 1985 précitée), sur les projets d'accords concernant la coopération régionale en matière économique, sociale, technique, scientifique, culturelle, de sécurité civile ou d'environnement (art. 25 de la même loi), sur les projets d'accord international portant sur la zone économique de la République française au large des côtes de Saint-Pierre-et-Miquelon (art. 28 de la même loi).

De même, au titre des dispositions de l'article 74 de la Constitution, il devra être consulté sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant

des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence.

Le conseil général dispose pour émettre un avis d'un délai d'un mois qui peut être ramené à quinze jours en cas d'urgence.

FICHE 3.6.4. MAYOTTE

I. – Régime législatif et réglementaire

Jusqu'à l'intervention des dispositions organiques prévues par l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, le régime législatif et réglementaire applicable à Mayotte demeure déterminé par la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte.

Il est ainsi défini à l'article 3 :

« I. - Outre les lois, ordonnances et décrets qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire national, sont applicables de plein droit à Mayotte les lois, ordonnances et décrets portant sur les matières suivantes :

- 1° Nationalité ;*
- 2° Etat et capacité des personnes ;*
- 3° Régimes matrimoniaux, successions et libéralités ;*
- 4° Droit pénal ;*
- 5° Procédure pénale ;*
- 6° Procédure administrative contentieuse et non contentieuse ;*
- 7° Droit électoral ;*
- 8° Postes et télécommunications.*

II. - Les dispositions législatives postérieures à la présente loi qui modifient le code de commerce sont applicables de plein droit à Mayotte, à l'exception de celles modifiant le chapitre II du titre V du livre II, le chapitre Ier du titre II du livre III, le chapitre II du titre II du livre V et le livre VII de ce code.

III. - A compter du renouvellement du conseil général de 2007, sont également applicables de plein droit à Mayotte les lois, ordonnances et décrets portant sur les matières suivantes :

- 1° Organisation et administration des conseils généraux ;*
- 2° Règles relatives aux juridictions financières.*

IV. - Les autres lois, ordonnances et décrets ne sont applicables à Mayotte que sur mention expresse. »

L'article 68 de la même loi précise par ailleurs, qu'à « compter du 1er janvier 2007, les dispositions du code général des impôts et du code des douanes s'appliquent à Mayotte. »

II. – Modalités d'entrée en vigueur des textes

Jusqu'à l'intervention des dispositions organiques prévues par l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, l'entrée en vigueur des lois et règlements à Mayotte intervient dans un délai d'un jour franc courant de la date d'arrivée du *Journal officiel* de la République française au chef lieu d'arrondissement. (cf. décret du 5 novembre 1870 et articles 1 et 2 de l'ordonnance n° 81-295 du 1^{er} avril 1981)

III. – Consultations

Le conseil général de Mayotte doit être consulté sur les projets de loi ou de décret comportant des dispositions d'adaptation du régime législatif ou de l'organisation administrative de la collectivité départementale (art. L. 3551-12 du CGCT) ainsi que sur les propositions d'actes de la Communauté européenne pris en application de la quatrième partie du traité instituant la Communauté européenne (art. L. 3551-14 du CGCT).

De même, au titre des dispositions de l'article 74 de la Constitution, il devra être consulté sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence.

Le conseil général dispose d'un délai d'un mois, qui peut être ramené à quinze jours en cas d'urgence, pour émettre un avis.

FICHE 3.6.5.

POLYNESIE FRANÇAISE

I. – Régime législatif et réglementaire

En vertu des dispositions de l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, le régime législatif et réglementaire applicable en Polynésie française est déterminé par le titre II de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

Il est ainsi défini en son article 7 :

« Dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Polynésie française les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin.

Par dérogation au premier alinéa, sont applicables de plein droit en Polynésie française, sans préjudice de dispositions les adaptant à son organisation particulière, les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives :

1° A la composition, l'organisation, le fonctionnement et les attributions des pouvoirs publics constitutionnels de la République, du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes, du Tribunal des conflits et de toute juridiction nationale souveraine, ainsi que du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants ;

2° A la défense nationale ;

3° Au domaine public de l'État ;

4° A la nationalité, à l'état et la capacité des personnes ;

5° Aux statuts des agents publics de l'État.

Sont également applicables de plein droit en Polynésie française les lois qui portent autorisation de ratifier ou d'approuver les engagements internationaux et les décrets qui décident de leur publication. »

II. – Modalités d'entrée en vigueur des textes

A défaut de nouvelles dispositions organiques intervenant au titre de l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, l'entrée en vigueur des dispositions législatives et réglementaires en Polynésie française intervient, en vertu de l'article 8 de la loi organique du 27 février 2004, à la date qu'elles fixent ou, à défaut, le dixième jour suivant celui de leur publication au *Journal officiel* de la République française.

III. – Consultations

A. Consultation de l'Assemblée

En vertu de l'article 9 de la loi organique du 27 février 2004, l'assemblée de la Polynésie française doit être consultée sur les projets de loi et propositions de loi et les projets d'ordonnance qui introduisent, modifient ou suppriment des dispositions particulières à la Polynésie française, sur les projets d'ordonnance pris sur le fondement de l'article 74-1 de la Constitution ainsi que sur les projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation des

engagements internationaux qui interviennent dans les domaines de compétence de la Polynésie française.

L'assemblée ou, le cas échéant, sa commission permanente dispose d'un délai d'un mois pour rendre son avis. Ce délai est réduit à quinze jours, en cas d'urgence, à la demande du haut-commissaire de la République. Le délai expiré, l'avis est réputé avoir été donné.

Les consultations mentionnées aux alinéas précédents doivent intervenir, au plus tard, avant l'adoption du projet de loi par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat ou de la proposition de loi en première lecture par la première assemblée saisie.

B. Consultation du Gouvernement

En vertu de l'article 10 de la loi organique du 27 février 2004, le gouvernement de la Polynésie française est consulté sur les projets de décret à caractère réglementaire introduisant, modifiant ou supprimant des dispositions particulières à la Polynésie française. Il est également consulté, préalablement à leur ratification ou à leur approbation, sur les traités ou accords qui ne sont pas au nombre de ceux mentionnés au premier alinéa de l'article 53 de la Constitution et qui interviennent dans les domaines de compétence de la Polynésie française.

Le gouvernement dispose d'un délai d'un mois pour émettre son avis. Ce délai est réduit à quinze jours, en cas d'urgence, à la demande du haut-commissaire de la République. Le délai expiré, l'avis est réputé avoir été donné.

FICHE 3.6.6. WALLIS ET FUTUNA

I. – Régime législatif et réglementaire

Jusqu'à l'intervention des dispositions organiques prévues par l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, le régime législatif et réglementaire applicable aux îles Wallis et Futuna demeure déterminé par la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 modifiée conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer.

L'article 4 de la loi du 29 juillet 1961 dispose que :

« Le territoire des îles Wallis et Futuna est désormais régi :

a) Par les lois de la République et par les décrets applicables, en raison de leur objet, à l'ensemble du territoire national et, dès leur promulgation dans le territoire, par les lois, décrets et arrêtés ministériels déclarés expressément applicables aux territoires d'outre-mer ou au territoire des îles Wallis et Futuna ;

b) Par les règlements pris pour l'administration du territoire par le haut-commissaire de la République dans l'océan Pacifique ou par l'administrateur supérieur du territoire des îles Wallis et Futuna, chacun selon les compétences qui lui sont dévolues par la présente loi et par les décrets qui seront pris pour son application.

Les lois, décrets et arrêtés visés au a ci-dessus et les règlements pris par le haut-commissaire de la République française dans l'océan Pacifique ou le commissaire résident de France aux îles Wallis et Futuna et son délégué à Futuna, intervenus antérieurement à la date de promulgation locale de la présente loi, sont et demeurent applicables au territoire des îles Wallis et Futuna, sans promulgation spéciale, pour tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions de ladite loi.

Les lois et décrets propres à la Nouvelle-Calédonie et en vigueur dans ce territoire à la date de promulgation locale de la présente loi pourront, à l'exception de ceux relatifs à l'organisation particulière de ce territoire, être étendus par décret au territoire des îles Wallis et Futuna, après avis de l'assemblée territoriale. »

II. – Modalités d'entrée en vigueur des textes

Jusqu'à l'intervention des dispositions organiques prévues par l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, l'entrée en vigueur des lois et règlements dans les îles Wallis et Futuna intervient, à l'exception des lois de souveraineté, après promulgation et publication au *Journal officiel* du territoire par le représentant de l'État.

III. – Consultations

En vertu des dispositions de l'article 49 du décret n°57-811 du 22 juillet 1957 *« L'assemblée territoriale est obligatoirement consultée sur toutes les matières pour lesquelles il*

en est ainsi disposé par les lois et règlements, et notamment sur les projets d'arrêtés réglementaires à intervenir en conseil de gouvernement relatifs à :

- a) *L'organisation d'ensemble des services publics territoriaux ;*
- b) *Les statuts particuliers des cadres d'agents des services publics territoriaux, les modalités et les taux de leur rémunération, le régime des congés, les avantages sociaux et le régime des retraites applicables à ces agents ;*
- c) *Le régime du travail, et notamment l'application pour le territoire des dispositions de la loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires et territoires associés relevant du ministère de la France d'outre-mer ;*
- f) *L'agrément des aéroports privés ;*
- g) *L'établissement des servitudes et des obligations dans l'intérêt des transmissions et des réceptions radio-électriques ;*
- h) *La réglementation des indices des prix et le fonctionnement de l'échelle mobile. »*

L'assemblée est également obligatoirement consultée sur :

- « 1° *La réglementation de la représentation des intérêts économiques du territoire ;*
- 2° *L'octroi des permis de recherches minières du type A, lesquels sont accordés par le chef du territoire en tant que représentant de l'Etat, par dérogation à l'article 9 du décret n° 54-1110 du 13 novembre 1954. En cas de désaccord avec l'assemblée territoriale et le chef du territoire, il est statué par décret pris en conseil des ministres après avis de l'assemblée de l'Union française ;*
- 3° *Les missions à la charge du budget du territoire ;*
- 4° *Eventuellement, la nomination des administrateurs représentant le territoire au conseil d'administration de l'institut d'émission dont relève le territoire ;*
- 5° *Sous réserve de l'application du décret modifié n° 56-1229 du 3 décembre 1956 portant réorganisation et décentralisation des postes et télécommunications d'outre-mer, l'homologation des tarifs postaux et des taxes téléphoniques et télégraphiques du régime intérieur, ainsi que tous programmes concernant l'établissement, l'aménagement, l'équipement et l'entretien des réseaux téléphoniques et télégraphiques et du service radio-électrique intérieurs. »*

De même, au titre des dispositions de l'article 74 de la Constitution, elle devra être consultée sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence.

L'assemblée territoriale doit émettre un avis dans un délai raisonnable, que les formations administratives du Conseil d'Etat estiment en général à un mois.

FICHE 3.6.7.

LES TERRES AUSTRALES ET ANTARCTIQUES FRANÇAISES

I. Régime législatif et réglementaire

Le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises sont, en vertu de l'article 72-3 de la Constitution, déterminés par la loi.

Ce statut résulte à l'heure actuelle de la loi n° 55-1052 du 6 août 1955 conférant l'autonomie administrative et financière aux Terres australes et antarctiques françaises. Ce statut est précisé sur de nombreux points par le décret n° 56-935 du 18 septembre 1956 portant organisation administrative des Terres australes et antarctiques françaises pris sur le fondement de l'article 7 de la loi, qui renvoie les modalités d'application de celle-ci à des décrets pris sur le rapport du ministre chargé de l'outre-mer ou, le cas échéant, du ministre de l'économie et des finances.

Il y a lieu, tant que ce statut n'aura pas été modifié, de considérer que les Terres australes et antarctiques françaises demeurent soumises au principe de spécialité législative. Les considérations sur ce principe leur sont applicables.

Les lois et règlements n'y sont donc applicables que sur mention expresse, à l'exception des lois de souveraineté et, en vertu de la loi n° 71-569 du 15 juillet 1971 relative aux Terres australes et antarctiques françaises, les dispositions législatives du code pénal et du code de procédure pénale, ainsi que celles relatives à l'état-civil, qui y sont applicables de plein droit.

II. Modalités d'entrée en vigueur des textes

L'entrée en vigueur des lois et règlements dans les Terres australes et antarctiques françaises est subordonnée, en vertu des articles 1^{er} et 13 du décret n° 56-935 du 18 septembre 1956 portant organisation administrative des Terres australes et antarctiques françaises, à leur promulgation par l'administrateur supérieur, leur publication au Journal officiel de la collectivité et leur affichage au bureau du chef-lieu de chacune des circonscriptions administratives du territoire.

III. Consultations

La loi n° 55-1052 du 6 août 1955 modifiée ne prévoit aucune consultation obligatoire du conseil consultatif du territoire. Certaines lois ont pu, cependant, instituer celle-ci pour un objet ou une matière déterminée.

FICHE 3.6.8. NOUVELLE-CALEDONIE

I. – Régime législatif et réglementaire

Le régime législatif et réglementaire applicable à la Nouvelle-Calédonie est déterminé par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie conformément aux dispositions de l'article 77 de la Constitution.

Il est ainsi défini à l'article 222 de la loi du 19 mars 1999:

« I. - Les dispositions législatives et réglementaires en vigueur en Nouvelle-Calédonie à la date de la promulgation de la présente loi organique et qui ne lui sont pas contraires demeurent applicables.

II. - Les lois, ordonnances et décrets intervenus dans les matières qui relèvent désormais de la compétence des autorités de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces peuvent être modifiés par leurs institutions dans les conditions et selon les procédures prévues par la présente loi organique.

III. - Lorsque la présente loi organique renvoie à des dispositions législatives, celles-ci s'appliquent dans la rédaction qui est la leur à la date de sa promulgation.

IV. - Dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur :

1o La référence au territoire de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence à la Nouvelle-Calédonie ;

2o La référence à l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence au congrès de la Nouvelle-Calédonie ;

3o La référence à l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie est remplacée par la référence au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. »

En application du principe de la spécialité législative, les lois et règlements sont applicables à la Nouvelle-Calédonie sur mention expresse. Cette mention n'est pas requise pour les lois dites de souveraineté.

II. - Modalités d'entrée en vigueur des textes

L'entrée en vigueur des lois et règlements en Nouvelle-Calédonie intervient, à l'exception des lois de souveraineté, après publication au *Journal officiel* du territoire par le représentant de l'État (article 2 de la loi n° 99-210 du 19 mars 1999).

III. – Consultations

Outre les consultations prévues par l'article 77 de la Constitution, le congrès doit être consulté, en application des articles 89 et 90 de la loi organique du 19 mars 1999, sur tous les

projets et propositions de loi et projets d'ordonnance qui introduisent, modifient ou suppriment des dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie ainsi que sur les projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation de traités ou d'accords ressortissant à la compétence de l'État et ayant vocation à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie.

Le gouvernement doit être consulté, en application de l'article 133 de la loi organique du 19 mars 1999, sur tous les projets de décret comportant des dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie. Il doit également être consulté sur les projets d'ordonnance relatif à l'entrée et au séjour des étrangers en Nouvelle-Calédonie en application de l'article 34 de la loi organique du 19 mars 1999.

Le congrès ou, le cas échéant, sa commission permanente et le gouvernement disposent d'un délai de un mois, qui peut, sauf dans le cas de la consultation du gouvernement sur la réglementation relative à l'entrée et au séjour des étrangers en Nouvelle-Calédonie prévue par l'article 34 de la loi du 19 mars 1999, être réduit à quinze jours en cas d'urgence, pour rendre leur avis. Le délai expiré, l'avis est réputé avoir été donné.

FICHE 3.6.9.

LES ILES EPARSES ET CLIPPERTON

I. Régime législatif et réglementaire

Les îles Eparses de l'océan Indien (Bassas de India, Europa, Glorieuses, Juan de Nova, Tromelin) et l'île de Clipperton n'ont pas de statut déterminé : ce ne sont ni des départements ou région d'outre-mer, ni des collectivités relevant de l'article 74 de la Constitution, ni des collectivités territoriales à statut particulier.

Les îles Eparses sont placées sous l'autorité du ministre chargé de l'outre-mer (décret n° 60-555 du 1er avril 1960, art. 1er ; Journal officiel, 14 juin 1960, p. 5343) qui peut en déléguer l'administration, par arrêté, à l'un des fonctionnaires relevant de son département. De telles délégations ont pu être consenties au préfet de la Réunion (voir, pour la dernière mise en œuvre de cette faculté, l'arrêté du secrétaire d'Etat à l'outre-mer du 23 juillet 2001; Journal officiel, 31 juillet 2001, p. 12341).

Quant à l'île de Clipperton, elle est administrée par le haut-commissaire de la Polynésie française (décret du 12 juin 1936, Journal officiel, 16 juin 1936, p. 6338). Elle est en outre classée dans le domaine public de l'Etat, la gestion domaniale étant assurée par le ministre chargé des départements et territoires d'outre-mer (arrêté interministériel du 18 mars 1986 ; Journal officiel, 20 mars 1986, p. 4745).

Un doute subsistait sur le régime législatif et réglementaire des îles Eparses de l'océan Indien et de l'île de Clipperton. L'application du principe de spécialité n'étant à l'époque pas écartée, les lois n°83-1114 du 22 décembre 1983 portant modification du code pénal et du code de procédure pénale, n° 85-542 du 22 mai 1985 modifiant le décret du 9 janvier 1852 sur l'exercice de la pêche maritime et n° 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal contenaient des mentions expresses d'application ou de non-application dans ces îles de tout ou partie de dispositions législatives.

Toutefois, à l'occasion de l'examen d'un projet de loi relatif aux biens culturels maritimes, devenu la loi n°89-874 du 1er décembre 1989, le Conseil d'Etat a, dans un avis du 19 janvier 1989, considéré que la loi métropolitaine s'y appliquait de plein droit, car ces îles ne constituaient pas un territoire d'outre-mer.

Le Conseil d'Etat a estimé, en juillet 1996, à l'occasion de l'examen du projet de loi de ratification des ordonnances relatives à l'extension et à l'adaptation aux territoires d'outre-mer de la législation pénale, que la loi métropolitaine s'appliquait également de plein droit, pour les mêmes raisons, à Clipperton.

II. Modalités d'entrée en vigueur des textes

Aucune mesure spéciale de promulgation et de publication des lois et règlements n'est requise. Ce sont les règles normales d'entrée en vigueur fixées par l'ordonnance n° 2004-164 du 20 janvier 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs qui s'appliquent.

Les lois et règlements entrent ainsi en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication au *Journal officiel* de la République française. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

III. Consultations

Aucune consultation n'est nécessaire en l'absence d'organe local susceptible d'être consulté.

FICHE 3.7.1

APPLICATION ET APPLICABILITE DES TEXTES EN ALSACE-MOSELLE

I. Considérations générales

En application de la loi du 17 octobre 1919 relative au régime transitoire de l'Alsace et de la Lorraine (JO 18 oct. 1919), les dispositions législatives et réglementaires applicables au moment du retour à la France des territoires constituant la Moselle, le Bas-Rhin et le Haut-Rhin ont été maintenues en vigueur jusqu'à l'introduction dans ces territoires des lois et règlements applicables dans le reste de la France.

De nombreux textes ont, depuis cette date, procédé à l'introduction de dispositions de droit commun dans les trois départements recouvrés, notamment deux lois du 1^{er} juin 1924 portant introduction de la législation civile et commerciale dans ces départements.

Mais un certain nombre de règles particulières à ces départements ont été conservée, le cas échéant sous forme modifiée ou codifiée.

La législation particulière à ces trois départements, qu'on appelle droit local alsacien-mosellan, a quatre origines différentes :

- des lois ou règlements français maintenus en vigueur par les autorités allemandes après 1870 et abrogés ou modifiés en France durant la période de l'annexion ;
- des lois ou règlements édictés entre 1870 et 1918 par les autorités fédérales allemandes pour l'ensemble de l'Allemagne ;
- des lois et règlements adoptés pour le Reichsland d'Alsace-Lorraine entre 1870 et 1918 par les autorités exerçant une compétence législative ou réglementaire provinciale ;
- des lois et règlements adoptés après 1918 par le législateur ou le pouvoir réglementaire français et propres aux trois départements.

Toutes ces dispositions particulières sont regardées comme des règles de droit français d'application géographique limitée. Du fait de leur confirmation par le législateur français de 1919, les dispositions de droit local d'origine allemande sont applicables comme du droit français alors même que ces textes sont rédigés en allemand et n'ont pas été publiés au Journal officiel.

Il n'existe cependant pas de garantie constitutionnelle du maintien des dispositions législatives ou réglementaires constituant le droit local. Le Parlement ou le pouvoir réglementaire, selon que sont concernées les matières relevant de l'article 34 ou 37 de la Constitution, peuvent à tout moment modifier ou abroger des dispositions de droit local.

Toutefois, il est admis qu'il n'y a lieu de procéder à de telles modifications ou abrogations que de manière expresse et après consultation des instances qui connaissent les implications du droit local alsacien-mosellan, afin d'éviter des situations d'incertitude ou d'incohérence juridique.

De plus, la plupart des matières de droit local, qui subsistent depuis plus de 80 ans après le retour à la France des trois départements de l'Est, correspondent à des règles auxquelles leurs habitants sont attachés. Par conséquent, les autorités publiques veillent à ne procéder à une modification de ces règles qu'après une consultation des instances politiques, sociales ou professionnelles concernées. A cette fin, un arrêté conjoint du ministre de la justice et de l'intérieur a constitué une « commission d'harmonisation » (arrêté du 22 août 1985, JO 5 sept. 1985) chargée de donner des avis sur les mesures législatives ou réglementaires touchant au droit local. Le secrétariat de cette commission, rattachée à la direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la justice, est assuré par le secrétariat du premier président de la Cour d'appel de Colmar. Par ailleurs, à l'initiative des autorités publiques a été créé un Institut du droit local alsacien-mosellan qui assure une fonction documentaire, d'étude et d'information sur le droit local. Une circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996 (JO 5 juin p. 8263) invite (point 3.2) les ministères concernés à consulter cet institut en cas de codification de dispositions intéressant le droit local :

Institut du droit local alsacien-mosellan

8, rue des Ecrivains
67061 Strasbourg cedex
Tél. 03 88 35 55 22
Fax : 03 88 24 25 56
e-mail : idl2@wanadoo.fr
www.idl-am.org

Il est donc important que les services qui préparent l'adoption d'un nouveau texte législatif ou réglementaire s'interrogent sur le point de savoir si leur projet est susceptible de concerner le droit local alsacien-mosellan afin de procéder, le cas échéant, aux consultations nécessaires et de prendre les dispositions appropriées. A cette fin, figure en annexe de la présente fiche une liste des principales questions pour lesquelles il existe du droit local. Les domaines les plus significatifs sont les suivantes :

- propriété immobilière et publicité foncière
- associations et fondations
- artisanat
- notaires
- droit des cultes et enseignement religieux
- organisation judiciaire et procédure civile
- repos dominical et jours fériés
- régime local complémentaire d'assurance maladie
- droit communal
- chasse
- navigation intérieure

Si le texte nouveau intervient dans une matière où il n'existe pas de droit local alsacien-mosellan, il n'est pas nécessaire de statuer expressément sur son application dans les trois départements de l'Est car il est constant que toute règle de droit nouvelle, qui n'entre pas en conflit avec ce droit local, s'applique de plein droit dans ces départements.

Les services chargés de la préparation d'un texte peuvent obtenir des précisions auprès des administrations déconcentrées, lesquelles connaissent en général les règles de droit local alsacien-mosellan applicables. Ils peuvent obtenir une information supplémentaire auprès de l'Institut du droit local.

II. Maintien des dispositions particulières du droit local alsacien-mosellan à l'occasion de l'adoption de textes nouveaux

Si un projet de texte concerne une matière dans laquelle existe des dispositions de droit local et que l'intention des auteurs est de ne pas modifier ces dispositions, il est opportun de l'indiquer expressément.

En effet, si la question n'était pas traitée formellement, il pourrait exister une incertitude sur l'application de deux règles d'interprétation dont les effets sont inverses :

- la loi nouvelle abroge la loi antérieure contraire : une règle nouvelle, si elle intervient dans une matière couverte par le droit local, abroge ce dernier ;

- la loi spéciale déroge à la loi générale : une loi nouvelle qui modifie le droit commun n'a pas pour effet de remettre en cause les règles spéciales de droit local qui dérogent à ce droit commun.

Pour éviter des difficultés d'interprétation, dont on a eu dans le passé de nombreuses illustrations, il est en conséquence souhaitable de traiter explicitement de la question.

Ex : « Les dispositions qui précèdent ne portent pas atteinte aux règles particulières applicables dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin »

III. Modification / Abrogation des dispositions particulières du droit local alsacien-mosellan.

Il convient d'abord de souligner que, contrairement à ce qui a pu être soutenu dans certains cas, le pouvoir législatif ou réglementaire n'est pas contraint de choisir entre, d'une part, le maintien du droit local en l'état et, d'autre part, son abrogation pure et simple (thèse de la « cristallisation » ; voir CE, 21 juin 2002 Weber et Centoze). Il est possible, et il est d'ailleurs fréquent, que des dispositions de droit local soient modifiées par des textes ayant spécialement cet objet ou à l'occasion de modifications de règles du droit commun (souvent appelé droit général par opposition au droit local).

Des textes visant à modifier ou à abroger des dispositions de droit local peuvent résulter de l'initiative soit des services ministériels dans le cadre d'une rénovation corrélative du droit général, soit d'instances locales qui rencontrent des difficultés dans l'application de ce droit.

Que les textes locaux à modifier soient postérieurs ou antérieurs à 1918, les modalités rédactionnelles de telles modifications sont identiques à celles du droit commun.

Ex : « L'article 5 de la loi d'empire du 15 juin 1895 applicable dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin est abrogé (ou : remplacé par les dispositions suivantes ...) ».

Pour la détermination de l'autorité compétente (législateur ou pouvoir réglementaire), il y a lieu de se référer non pas à la forme du texte de droit local à modifier ou à abroger mais aux dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution.

Il est donc possible qu'une loi soit nécessaire pour modifier une disposition locale initialement décidée par une autorité réglementaire ou que la modification d'une loi locale relève du pouvoir réglementaire.

Dans la plupart des cas, le pouvoir réglementaire de droit commun est compétent pour modifier par voie de décret les textes de droit local de caractère réglementaire, quelle que soit la nature ou la dénomination des autorités exécutives qui ont adopté ces textes.

IV. Codification

Le droit local doit en principe être pris en compte dans les opérations de codification.

La loi du 3 avril 1958 validant un certain nombre de codes constitués par l'autorité réglementaire a précisé que ces codes sont applicables dans les trois départements de l'Est « sauf dispositions locales contraires ». Le nouveau code de procédure civile comporte une annexe dans laquelle figurent des dispositions de droit local maintenues après reformulation. Des codes plus récents ont intégré des dispositions de droit local dans des chapitres particuliers (code général des collectivités territoriales). Mais certains codes se bornent à mentionner le maintien en vigueur des dispositions locales sans les reprendre (code de l'éducation). Il est souhaitable de procéder, autant que possible, à la codification des dispositions de droit local dans les codes, dans une subdivision spéciale, en procédant par la même occasion à une mise à jour des dispositions locales concernées.

Annexe :
Matières concernées par le droit local alsacien-mosellan

I. Droit civil

Les spécificités du droit local concernent les points suivants :

- Propriété immobilière

* La forme des actes relatifs à la propriété immobilière et aux servitudes
Loi civile 1^{er} juin 1924 art. 42

* Publicité foncière
Loi civile 1^{er} juin 1924 art. 37 s.

* Droit réels
Loi civile 1^{er} juin 1924 art. 36

* Sûretés
+ Publicité des sûretés immobilières : inscriptions hypothécaires
Loi du 1^{er} juin 1924 art. 47, 52 et 62
+ Classement des sûretés immobilières
+ Privilèges immobiliers spéciaux et hypothèques
Loi civile du 1^{er} juin 1924 art. 45 et s.
Décret 55-22 du 4 janvier 1955 art. 15

* Partage judiciaire d'immeubles
Loi civile 1^{er} juin 1924 art. 220 et s.

Voir aussi ci-après sous procédure civile : exécution forcée immobilière et administration forcée des immeubles

- Droit des incapables dispositions transitoires pour les tutelles et curatelles ouvertes avant le 29 décembre 1990

Loi du 29 décembre 1990

- Régimes matrimoniaux

Diverses dispositions particulières : droit transitoire lié à l'introduction de la législation française en 1924 et au rétablissement de la légalité républicaine en 1944, contrat de mariage des incapables, restriction judiciaire au droit de disposer des époux, publicité.

- Successions

Droit transitoire – Certificat d'héritier – transmission d'exploitations
Loi 24 juillet 1921 et s.
Loi civile 1^{er} juin 1924 art. 73 et s., art. 123 s.
code civil local art. 135 et s., art. 2353 s.

- Fondations

Loi 1^{er} juin 1924
code civil local art. 80 et s.

- Baux à loyer : congé, durée du préavis, responsabilité en cas d'incendie
Loi 1^{er} juin 1924 art. 2, 7, 12 et 72
code civil local, art. 565 et 570

- Faillite civile

code de commerce, art. L. 628-1 et s.

II. Procédure civile et organisation judiciaire en matière civile

Les principales dispositions du droit local se trouvent codifiées à l'annexe du Nouveau code de procédure civile.

Ces dispositions maintiennent en vigueur certaines parties du code de procédure civile locale.

Des règles d'organisation juridictionnelles particulières en matière civile et commerciale figurant dans les articles L 911 et s. et R 911 et s. relèvent du cadre de l'organisation judiciaire.

Matières concernées :

- Dispositions propres à la procédure contentieuse devant le tribunal d'instance :

+ introduction de la demande

+ injonction de payer

+ évaluation de la valeur du litige

- Dispositions propres à la procédure gracieuse devant le tribunal d'instance

+ décisions gracieuses et voies de recours

+ dispositions propres à certaines matières (certificat d'héritier, registre des associations, registre des sociétés coopératives, tutelles, ventes judiciaires d'immeubles, certificat de non dommageabilité, livre foncier)

+ partage judiciaire

+ exécution forcée immobilière

Loi du 1^{er} juin 1924 art. 141 et s.

- Dispositions propres au tribunal de grande instance

+ introduction de l'instance

+ procédures collectives

+ taxes et frais de notaires

- Dispositions propres à la Cour d'appel

Pourvoi de droit local

Déclaration d'appel

Droit de postulation et de représentation

NCPC

Art. R 911-12 code de l'organisation judiciaire

- Voies d'exécution mobilières

code de procédure civile locale

- Procédure sur titre ou lettre de change et billet à ordre

code de procédure civile locale art. 592 à 615

- Compromis et arbitrage

Loi 24 juillet 1921 art. 15

Loi 1^{er} juin 1924 art. 91

code de procédure civile locale art. 1025 et 1026

- Frais et dépens en matière judiciaire
code de procédure civile local art.91 à 109

- Compétence des juridictions
code de l'organisation judiciaire art. L 911-1 et s. R 911-1 et s.

- Auxiliaires de justice

+ Avocats

droit de postulation, rémunération, stage

Loi 20 février 1922

Décret n°47-817 du 9 mai 1947

code de procédure civile locale

Loi 71-1130 du 30 décembre art. 80

Décret 92-680 du 20 juillet 1992 art. 81

+ Huissiers

nomination, cautionnement, honoraires, chambre interrégionale

Décret 29 juin 1926 art. 3

Décret 75-770 du 14 avril 1975 art. 48 et s.

Décret 69-540 du 6 juin 1969

+ Greffiers

Compétences propres

NCPC

+ Notaires

Nomination, accès à la profession, compétences, rédaction d'actes, chambre interrégionale, caisse de retraite

Décret du 20 mai 1955

Décret 73-51 du 16 janvier 1973 et 73-609 du 5 juillet 1973

Décret du 24 août 1975

code de procédure civile locale

Loi du 1^{er} juin 1924

Loi locale du 4 décembre 1899

- Administration forcée des immeubles

Loi civile 1^{er} juin 1924 art. 171 à 186

- Procédure de distribution des deniers par ordre

Loi civile 1^{er} juin 1924 art.194 à 214

- Statut du des interprètes et traducteurs jurés

Loi locale du 1^{er} juin 1878

Ordonnance impériale du 13 juin 1903

III. Droit commercial

- Juridiction commerciale

code de l'organisation judiciaire art. L 913-1 et s.

- Registre du commerce et des sociétés

Réglementation relative à la tenue du registre

Publicité de certains actes

Art. R 715-3 et s. code de l'organisation judiciaire

Loi commerciale 1^{er} juin 1924 art.13, 15 et 35

- Redressement et liquidation judiciaires

Particularités concernant les débiteurs, la procédure, la vente d'immeubles et les privilèges

Loi 25 janvier 1985, art.234

Décret 27 mai 1985

- Associations coopératives

Loi locale du 1^{er} mai 1889 et 20 mai 1898

- Clause de non concurrence en matière commerciale

Voir ci-après droit social

- Procura

Loi commerciale 1^{er} juin 1924 art.15

- Dispositions transitoires relatives aux sociétés commerciales

Loi commerciale 1^{er} juin 1924 art. 36 et s.

- Assurances

Voir ci-après droit économique

- Fermeture des commerces le dimanche et jours fériés

Voir ci-après droit social

IV. Droit social

- Assurance maladie

Accident, invalidité, vieillesse, régime complémentaire

code de la sécurité sociale art. L 242-13 et s.

L 321-1 et s.

R 325-1 et s.

D 242-20 et s.

D 325-1 et s.

- Assurance vieillesse

Décret 29 juillet 1937

Décret 12 juin 1946 et 20 juin 1946

- Régime spécial des accidents en agriculture

code rural

code local des assurances sociales

code de la sécurité sociale art. L 111-2

- Repos dominical et jours fériés

code local des professions

- Droit du travail

+ Clause de non concurrence

Loi commerciale du 1^{er} juin 1924 art. 5

code local de commerce art. 59

+ Maintien du salaire en cas d'absence du salarié

code civil local art. 616

code de commerce local art.63

+ Durée du préavis en cas de licenciement ou de démission

Loi 6 mai 1939

code civil local art.621

code de commerce local art. 66

code local des professions art.133a

- Aide sociale

Voir ci-après droit communal

V. Droit économique

- Contrôle administratif des professions réglementées

Débts de boissons, entrepreneurs et architectes, marchands ambulants, ventes sur les rues et places, boulangeries, commissionnaires

code local des professions art. 37 et s.

- Pharmacies

code de la santé publique art. L 572

- Artisanat

Définition de l'entreprise artisanale, titre de qualification d'artisan et de maître, apprentissage, corporations, union et fédération des corporations, chambres de métiers, registre des matières

code local des professions

Loi n° 46-977 relative à la taxe pour frais de chambre de métiers

- Taxe d'apprentissage

Aménagements spécifiques des taux et des exonérations

Décret 72-1208 du 27 décembre 1972

- Assurances

Sanctions des déclarations inexactes de l'assuré, résiliation après sinistre, délais de prescription, provision, intérêts de retard, droit des créanciers hypothécaires, suspension en cas d'aliénation du bien, assurances fluviales

code des assurances art. L 111-4, L 191-1 et s.

Loi n° 91-412 du 6 mai 1991 et 92-665 du 16 juillet 1992

- Etablissements de crédit

Règles particulières aux caisses d'épargne, aux banques hypothécaires, caisse de crédit municipal, crédit mutuel, crédit foncier et communal d'Alsace et de Lorraine, caisse de dépôt et des consignations d'Alsace et de Lorraine

VI Droit administratif

- Droit communal local

Organes de la commune, contrôle administratif du représentant de l'Etat, contrôle financier et comptable, police municipale, polices spéciales, musée et bibliothèque des communes, garde champêtre, biens communaux, société d'économie mixte locale

code Général des collectivités territoriales art. L 2541-1 et s.

L 2212-1 et s.

L 5811-1 et s.

L 5813
L 5814-1 et s.
L 5815-1 et s.

Instruction locale du 30 mai 1896
Loi locale sur la taxe des riverains art.4 de la loi locale du 24 mai 1879 et 3 de la loi locale du 2 janvier 1892
Loi locale du 7 novembre 1910 sur la police de la construction

- Régime forestier
Exploitation en régie par les communes, vente de bois façonnés, bûcherons, gardes forestiers

Décret 7 mars 1925
code forestier art. L 144-4, L148-23

- Régime des cultes
Nomination et rémunération des ministres des cultes statutaires, organisation des cultes statutaires, garantie des cultes non statutaires, congrégations religieuses, édifices cultuels, logements des ministres du culte, subventions publiques aux cultes, régime d'assurance sociale des ministres du culte, police des cultes
(Le Concordat reste applicable en Alsace-Moselle – voir avis n°188150 du CE du 24 janvier 1925)

- Aide sociale communale de droit local
code de l'action sociale et des familles art. L 511-1 et s.

- Régime de l'enseignement public et privé
Organisation administrative, confessionnalité des écoles primaires, enseignement religieux, logement des instituteurs, subvention et contrôle de l'enseignement privé, enseignement de la langue régionale, obligation scolaire

- Cadastre
Loi locale 31 mai 1884
- Régime des eaux
Cours d'eau non domaniaux, associations syndicales, règlements et usages, usage et conservation des eaux, protection contre les crues
Loi locale du 2 juillet 1891
Ordonnance locale 29 février 1902

VII Divers

- Droit local de la chasse
Administration et location de la chasse sur les bans communaux, police de la chasse, indemnisation des dégâts de gibier, généralités, police de la chasse
code de l'environnement art. L 492-2 et s.

- Droit local des associations
code civil local art. 21 et s.

- Régime local de la navigation intérieure sur le Rhin et la Moselle
Loi locale du 15 juin 1895
Loi locale 30 mai 1908

- Règle de droit pénal local

Il subsiste quelques infractions particulières au droit local

code pénal local
Décret du 25 novembre 1919
code local des professions
Loi 9 juillet 1988 sur la police rurale

- Réglementation spécifique pour les anciens combattants et victimes de guerre,
notamment les incorporés de force dans l'armée allemande

FICHE 3.7.2

APPLICATION ET APPLICABILITE DES TEXTES EN CORSE

La collectivité territoriale de Corse dispose d'un statut particulier qui figure pour l'essentiel dans le code général des collectivités territoriales (art. L 4421-1 à L 4425-9). Ce régime se traduit par une organisation et des compétences particulières.

Pour l'élaboration des textes, il convient de prendre en compte trois éléments du statut de la Corse.

I. Consultation de l'Assemblée de Corse

Les projets de loi ou de décret comportant des dispositions particulières à la Corse doivent être soumis pour avis préalable à l'Assemblée de Corse (art. L 4422-16 V du CGCT).

Il convient donc, dans l'hypothèse de la préparation d'un texte spécifique à la Corse ou comportant des dispositions spéciales à la Corse, de recueillir, avant la saisine du Conseil d'Etat, l'avis de l'Assemblée de Corse.

A cette fin, le ministère concerné doit transmettre au préfet de Corse (secrétariat général aux affaires de Corse) le texte à soumettre à l'avis de l'Assemblée de Corse. Celle-ci dispose pour se prononcer d'un délai d'un mois, délai au-delà duquel l'avis est réputé avoir été donné.

En cas d'urgence, ce délai peut être réduit à quinze jours. Le Premier ministre étant seul compétent pour demander la mise en oeuvre de ce délai réduit, il convient, en pareil cas, de le saisir d'une demande en ce sens, en même temps que le texte soumis à consultation est transmis au préfet de Corse.

Le calendrier de l'élaboration des textes doit être organisé de manière que la consultation puisse se dérouler dans le cadre des sessions ordinaires de l'Assemblée de Corse.

II. Compétences particulières de la collectivité territoriale de Corse

Dans différents domaines mentionnés aux articles L 4424-1 et suivants du CGCT, la collectivité territoriale de Corse dispose de compétences propres dérogeant du droit commun. En ces matières, il faut vérifier dans quelles conditions peuvent s'appliquer en Corse les mesures nouvelles envisagées et s'assurer de l'absence de contradiction avec le régime propre à celle-ci.

S'il est prévu des dispositions particulières pour la Corse, ces dispositions doivent être introduites dans le code général des collectivités territoriales qui regroupe l'ensemble des dispositions propres à cette collectivité.

III. Dénomination des organes de la collectivité territoriale de Corse

Les organes de la collectivité territoriale de Corse sont l'assemblée de Corse et son président et le conseil exécutif et son président. Lorsqu'un projet de texte se réfère à la région, au conseil régional ou aux conseillers régionaux et s'applique à la Corse sans régime dérogatoire, il y a lieu

de ne pas omettre la mention de la collectivité territoriale de Corse, de l'assemblée de Corse ou des conseillers à l'Assemblée de Corse. De même, une compétence confiée au président d'une région devra être attribuée au président du conseil exécutif.

Exemple : « *Nul ne peut cumuler plus de deux des mandats électoraux énumérés ci-après : conseiller régional, conseiller à l'assemblée de Corse, conseiller général, conseiller de Paris, conseiller municipal* » (art. L 46-1 du code électoral).

FICHE 3.8.1

TECHNIQUES D'ENTREE EN VIGUEUR

L'article 1^{er} du code civil, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n°2004-164 du 20 février 2004 dont les dispositions ont remplacé, entre autres, celles du décret du 5 novembre 1870, fixe la plupart des règles relatives à l'entrée en vigueur des lois et règlements (voir *fiches 1.2.2, Maîtriser l'application dans le temps et 2.1.4, Publication au Journal officiel*).

L'auteur d'un texte législatif ou réglementaire dispose d'un choix pour l'entrée en vigueur de la norme qu'il édicte en fonction de considérations d'opportunité administrative ou politique entre :

- l'entrée en vigueur le lendemain de la publication du texte, qui constitue un choix par défaut en l'absence de dispositions spéciales ;

- l'entrée en vigueur différée à une date qu'il fixe.

Bien souvent la fixation d'une date d'entrée en vigueur va de pair avec la définition de modalités particulières destinées à prendre en compte l'existence de situations en cours (voir *fiche 3.8.2 Application aux situations en cours*).

En cas d'urgence, il peut être prévu, pour les textes législatifs et réglementaires, une entrée en vigueur le jour de la publication.

Enfin, exceptionnellement, le législateur peut, sauf dans certains domaines, décider de faire rétroagir les règles qu'il définit ou habiliter le pouvoir réglementaire à le faire.

I. L'entrée en vigueur le lendemain du jour de publication

En l'absence de dispositions spéciales, le texte (loi, ordonnance, décret, arrêté) entre en vigueur en principe le lendemain du jour de sa publication (article 1^{er} du code civil).

Ce choix par défaut ne se prête, par définition, à aucun conseil rédactionnel. Il faut toutefois être conscient des conséquences de ce choix, qui peuvent n'être ni opportunes, ni simples:

- ce mode d'entrée en vigueur n'est pas opportun pour des mesures ayant une forte incidence sur de nombreux usagers qui n'auront pas eu le temps de s'y préparer ; à tout le moins doit-elle alors être couplée avec des dispositions transitoires (voir *fiche 3.8.3 Les abrogations*).

- comme le rappelle l'article 1^{er} du code civil, l'entrée en vigueur de la norme le lendemain de sa publication est en réalité subordonnée à la condition que des dispositions ne doivent pas être prises pour l'application de cette norme, auquel cas elle n'entrera en vigueur qu'à la date d'entrée en vigueur de ces dispositions. La loi n'entrera ainsi en vigueur que lorsque les décrets d'application, s'ils sont effectivement nécessaires, auront été eux-mêmes publiés. Et si cette loi modifie une loi antérieure, celle-ci ne disparaîtra effectivement de l'ordonnancement juridique que lorsque la nouvelle loi aura fait l'objet des mesures d'application qu'elle appelle.

- enfin, lorsque le texte en cause modifie un autre texte il convient de vérifier si ce dernier ne contient pas de dispositions relatives à son entrée en vigueur, qui, sans que cela soit souhaité, pourraient s'appliquer à la modification envisagée. On peut ainsi, par exemple, sans s'en

apercevoir, donner une portée rétroactive à une disposition qui vient s'insérer dans un texte ayant prévu une entrée en vigueur différée à une date, à l'époque postérieure mais qui sera antérieure à la date de publication du texte modificatif. S'agissant des décrets, le juge peut toutefois procéder dans ce cas à une neutralisation de la rétroactivité en n'interprétant pas la modification d'un texte antérieur ou la référence à ce texte comme emportant la conséquence que le texte nouveau entre en vigueur à la même date que le texte ancien (CE, 1^{er} février 1963, Distillerie de Magnac-Laval)

II. L'entrée en vigueur à une date postérieure, fixée par le texte

A. Principe

Le choix d'une date d'entrée en vigueur postérieure est en principe toujours possible. Toutefois :

- le législateur ne peut renvoyer à une mesure réglementaire le soin de fixer la date d'entrée en vigueur des dispositions qu'il édicte (CC Décision n°86-223 DC du 29 décembre 1986). La formule « *la présente loi/ordonnance entre(ra) en vigueur à une date fixée par décret* » est donc à proscrire. Il est en revanche possible et parfois souhaitable que le pouvoir réglementaire dispose d'une marge de manœuvre dans des limites fixées par le législateur. Pour ce faire, il est d'usage de compléter les dispositions en cause par la phrase « *la présente loi/ordonnance entre(ra) en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard le...* ». Il va de soi, à l'inverse, que lorsqu'une loi a fixé une date d'entrée en vigueur différée, le pouvoir réglementaire ne peut retenir une date différente ;

- s'agissant des textes (législatifs ou réglementaires) pris pour la transposition d'une directive dont le délai de transposition n'est pas expiré, le choix d'une date d'entrée en vigueur postérieure au terme du délai de transposition serait jugé incompatible avec les dispositions de cette directive (CJCE 9 août 2004 Bund Natur Schutz in Bayern aff C.392/92.);

- un texte législatif ou réglementaire atténuant une sanction ou la supprimant doit, en principe, être d'application immédiate. En outre un texte transposant un acte communautaire ne peut prescrire une entrée en vigueur au delà de la date limite de transposition

- enfin, une mesure d'application d'une loi ne peut fixer une date trop lointaine pour sa propre entrée en vigueur car elle différerait alors l'entrée en vigueur de la loi elle-même dans des conditions de nature à établir une méconnaissance de la volonté du législateur (CE 9 juillet 1993, Ass. « Collectif pour la défense du droit et des libertés »).

B. Formulations usuelles

Il est possible de choisir entre une date fixe et une date mobile. Dans un cas comme dans l'autre, il est d'usage mais non systématique d'employer le présent – entre(nt) en vigueur et non entrera(ront) en vigueur. On peut indifféremment mentionner la date explicitement comme le point de départ d'une période – « à compter du 1^{er} janvier » ou elle-même « le 1^{er} janvier ».

- date fixe : « *les dispositions de la présente loi/ du présent décret/ article etc. entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2005* »

La référence à une date fixe implique d'une part une véritable nécessité – lien avec l'année civile ou avec un cycle quelconque ; considérations budgétaires ; etc. – d'autre part une maîtrise du délai d'élaboration et de publication du texte. Une mauvaise appréciation de ce délai peut aboutir à donner un caractère rétroactif aux dispositions en cause.

- date mobile : « *La présente ordonnance entre en vigueur le premier jour du quatrième mois suivant sa publication au Journal officiel de la République française.* »

(ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs)

Cette technique garantit l'intervalle entre la publication et la date d'effet et permet, notamment, de tenir compte du délai nécessaire à la signature et à la publication du texte, qui peut réduire considérablement le différé initialement souhaité.

S'agissant des lois, il convient de faire référence à la date de publication et non à la date de promulgation.

C. Insertion de la disposition d'entrée en vigueur dans le texte

Une disposition d'entrée en vigueur doit en principe être insérée à la fin du texte comme l'ensemble des dispositions transitoires et finales. En ce qui concerne les textes réglementaires, cette disposition figure parfois dans l'article d'exécution :

« Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le ministre de la famille sont chargés, chacun en ce qui le concerne de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel et entrera en vigueur le ... »

Cette solution, pour élégante qu'elle soit, ne paraît pas compatible avec les exigences de clarté et de lisibilité des textes. Il convient de lui préférer l'insertion de la disposition d'entrée en vigueur dans le corps même du texte.

- Lorsque le texte comprend de nombreuses dispositions dont il est souhaité qu'elles entrent en vigueur à des dates différentes, il peut apparaître plus clair et plus lisible d'insérer les dispositions d'entrée en vigueur à la fin de chacun groupe de dispositions homogènes en cause plutôt que de les rassembler en fin de texte. Ce choix est affaire d'espèce. Ainsi, si l'ensemble du texte entre en vigueur à une date donnée sauf exception, un renvoi à la fin est préférable :

- « Les dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2005 à l'exception de celles de l'article 2 qui entrent en vigueur le 1^{er} mars 2005 et de celles de l'article 4 qui entrent en vigueur le 1^{er} juin 2005. »

ou

- « Les dispositions des articles 14, 25, 26, à l'exception du 3o, 32, 33, 36, du deuxième alinéa de l'article 39, des articles 41, 42, 49, 50, 52, 53, 55, 57, 58, à l'exception du 4o et du 5o, 59, 60 et 68 sont applicables à compter du 1er janvier 2002. Les dispositions de l'article 48, à l'exception du 4o, sont applicables à compter du 1er janvier 2003.(...) » (article 65 de la loi organique no 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances)

III. L'entrée en vigueur le jour de publication en cas d'urgence

En application du deuxième alinéa de l'article 1^{er} du code civil, peut être décidée en cas d'urgence, l'entrée en vigueur dès leur publication des lois dont le décret de promulgation le prescrit et des actes administratifs (non individuels) pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.

L'usage de cette procédure doit être réservé aux cas de nécessité absolue.

Avec l'accord du secrétariat général du Gouvernement, les décrets, dans ce cas, sont complétés comme suit :

- dans les visas : « *Vu le code civil, notamment son article 1^{er} ;* » et « *Vu l'urgence,* »

- dans l'article d'exécution : « *, qui sera publié au Journal officiel de la République française et entrera immédiatement en vigueur* ».

L'entrée en vigueur immédiate d'un arrêté ne pouvant elle-même être décidée que par « le Gouvernement », il est nécessaire, dans ce cas, de préparer un décret, qui ne requiert aucun contresign, sur le modèle présenté *fiche 2.1.4*

IV. L'entrée en vigueur rétroactive

La possibilité, réservée au législateur, de prévoir explicitement une entrée en vigueur rétroactive est une question juridique délicate qui n'appelle pas de conseils rédactionnels particuliers.

On se bornera aux indications suivantes :

- si la loi a fixé, pour son entrée en vigueur, une date antérieure à celle de sa publication et appelle des mesures d'application, celles-ci entreront en principe en vigueur à la date fixée. Mais la rétroactivité de ces mesures réglementaires peut dans certains cas être possible si le législateur a choisi une date d'entrée en vigueur postérieure à la publication de la loi : les mesures d'application d'une loi, publiée dans le courant de l'année N, qui fixe son entrée en vigueur le 1^{er} janvier de l'année N+1, entreront elles-mêmes en vigueur à cette date alors même qu'elles ne seront publiées que dans le courant de l'année N+1. Cette possibilité est appréciée au cas par cas, en fonction de l'objet de la loi et de l'intention du législateur (Voir par exemple en matière de sécurité sociale CE 6 février 1953 Mourgeon ; 25 mai 1954 Société Foreston). Si la rétroactivité à la date fixée par le législateur est possible, il est alors souhaitable que les mesures d'application la mentionnent explicitement;

- la rétroactivité peut être explicitement décidée mais elle peut également être le résultat de l'application, volontaire ou non, d'une règle nouvelle à des situations juridiquement constituées. Il convient donc de s'interroger systématiquement lors de l'édiction d'une règle nouvelle sur son application aux situations en cours afin, le cas échéant, d'éviter cette rétroactivité et de concevoir des mesures transitoires (voir *fiche 3.8.2, Application aux situations en cours*).

FICHE 3.8.2 APPLICATION AUX SITUATIONS EN COURS
--

La succession dans le temps de deux régimes (législatifs ou réglementaires) suscite généralement un conflit de norme. Par exemple :

- un texte modifie la durée de validité des mandats des membres d'une assemblée délibérante. S'applique t-il aux mandats en cours ?

- la procédure d'instruction et de délivrance d'une autorisation administrative est modifiée. La nouvelle procédure s'applique t-elle aux demandes en cours d'examen ?

- etc.

Ce conflit peut apparaître soit à l'occasion de l'examen de la régularité juridique du texte, soit au stade de son application par l'administration. Il est résolu par l'application de principes qui conduisent à distinguer entre les situations constituées et les procédures en cours à la date d'entrée en vigueur du texte et au sein de ces dernières entre les situations contractuelles et les situations non contractuelles (voir fiche 1.2.2 Maîtriser l'application dans le temps – considérations générales).

Il est très souhaitable, pour prévenir de tels conflits, alors même qu'il ne s'agirait que de rappeler ces principes, de préciser dans le nouveau dispositif les modalités d'application des nouvelles règles aux situations en cours.

La conception de ces modalités, qui peuvent être complexes, commande de prendre tout d'abord une référence temporelle comme principe d'application de la règle nouvelle.

1. Cette référence temporelle sera généralement la date d'entrée en vigueur du texte choisie implicitement – entrée en vigueur le lendemain du jour de la publication - ou explicitement – date d'entrée en vigueur différée (voir *fiche 3.8.1 Techniques d'entrée en vigueur*).

Pour certaines situations précisément définies en fonction de critères qui ne doivent pas conduire à des discriminations injustifiées, il sera ensuite fait exception à l'application de cette date d'entrée en vigueur :

-Soit en leur maintenant le bénéfice de la règle ancienne

- *Les vins bénéficiant de l'appellation d'origine X en vrac à la propriété et déjà vendus, auxquels a été délivré antérieurement à la date de publication du présent décret le label des vins délimités de qualité supérieure, peuvent être commercialisés sous leur appellation jusqu'à épuisement des stocks,*

- *Les médecins qui bénéficient à la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance de l'allocation instituée par l'article 4 de la loi du 5 janvier 1988 susvisée restent régis*

par les dispositions de cet article, dans sa rédaction antérieure à sa modification par la présente ordonnance (Ordonnance no 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins)

- Les contrats d'insertion en alternance conclus en application des dispositions du chapitre Ier du titre VIII du livre IX du code du travail (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) et du décret n° 2002-518 du 16 avril 2002 relatif au contrat de qualification pour les personnes âgées de vingt-six ans et plus, dans leur rédaction antérieure à la publication du présent décret, demeurent régis par ces dispositions, jusqu'à leur terme s'ils sont à durée déterminée et jusqu'au terme de la période de qualification ou d'adaptation s'ils sont à durée indéterminée. (article 4 du décret n° 2004-1093 du 15 octobre 2004 relatif aux contrats de professionnalisation et modifiant le code du travail)

Le bénéfice de ce maintien peut être total ou partiel :

Article 4 I. - Les marchés publics notifiés antérieurement à la date de publication du présent décret demeurent régis, pour leur exécution, par les dispositions du code des marchés publics dans leur rédaction antérieure aux dispositions annexées au présent décret.

II. - Les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication antérieurement à la date de publication du présent décret demeurent régis, pour leur passation, par les dispositions du code des marchés publics dans leur rédaction antérieure aux dispositions annexées au présent décret. Les dispositions des titres Ier, II, IV, V et VI du code annexé au présent décret leur sont applicables. (Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics)

Le texte peut également proroger ou admettre en tout ou partie la validité de certains faits ou actes intervenus sous l'empire de la règle ancienne en en faisant application dans le nouveau régime. Il peut le faire purement et simplement :

- Article 26 Les dispositions du présent décret entrent en vigueur à compter du 1er janvier 2005. Les demandes d'inscription, de réinscription et de radiation des produits et prestations ainsi que les demandes relatives au tarif et au prix de ces produits et prestations enregistrées avant le 1er janvier 2005 sont soumises aux dispositions des articles R. 165-1 et suivants dans leur rédaction résultant du présent décret. Toutefois, lorsque la commission d'évaluation des produits et prestations a formulé, avant cette date, un avis sur une demande, les décisions relatives au remboursement, au prix ou au tarif de ce produit ou de cette prestation interviennent valablement au vu de cet avis (Décret n° 2004-1419 du 23 décembre 2004 relatif à la prise en charge des produits et prestations mentionnés à l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale)

Ou sous condition :

-Article 64 I. - Les dispositions des articles L. 225-100, L. 225-102-1 et L. 225-129-5 du code de commerce entrent en vigueur pour les exercices ouverts à partir du 1er janvier 2004.

Les délégations accordées par les assemblées générales extraordinaires des sociétés antérieurement à la publication de la présente ordonnance restent valables jusqu'à leur terme sauf décision contraire d'une nouvelle assemblée générale extraordinaire.

Toutefois, les modalités d'exercice de ces délégations sont régies par les dispositions de cette ordonnance dès son entrée en vigueur. (Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale).

- Article 20 I. - Les responsables de traitements de données à caractère personnel dont la mise en oeuvre est régulièrement intervenue avant la publication de la présente loi disposent, à compter de cette date, d'un délai de trois ans pour mettre leurs traitements en conformité avec les dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dans leur rédaction issue de la présente loi. Lorsque cette mise en conformité n'a pas pour effet de modifier les caractéristiques des traitements mentionnées à l'article 30 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, dans sa rédaction issue de la présente loi, les traitements sont réputés avoir satisfait aux dispositions prévues au chapitre IV.

Les dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, dans sa rédaction antérieure à la présente loi, demeurent applicables aux traitements qui y étaient soumis jusqu'à ce qu'ils aient été mis en conformité avec les dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, dans leur rédaction issue de la présente loi, et, au plus tard, jusqu'à l'expiration du délai de trois ans prévu à l'alinéa précédent. Toutefois, les dispositions des articles 38, 44 à 49 et 68 à 70 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, dans leur rédaction issue de la présente loi, leur sont immédiatement applicables.

II. - Par dérogation aux dispositions du I, les responsables de traitements non automatisés de données à caractère personnel dont la mise en oeuvre est régulièrement intervenue avant la date de publication de la présente loi disposent, pour mettre leurs traitements en conformité avec les articles 6 à 9 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, dans leur rédaction issue de la présente loi, d'un délai allant jusqu'au 24 octobre 2007.

Les dispositions de l'article 25, du I de l'article 28 ainsi que des articles 30, 31 et 37 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, dans leur rédaction antérieure à la présente loi, demeurent applicables aux traitements non automatisés qui y étaient soumis jusqu'à ce qu'ils aient été mis en conformité avec les dispositions des articles 6 à 9 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, dans leur rédaction issue de la présente loi et, au plus tard, jusqu'au 24 octobre 2007. (LOI n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

- Soit en leur appliquant une règle, transitoire, qui ne sera ni la règle ancienne, ni la règle nouvelle

Article 22

I. - Au troisième alinéa de l'article L. 351-1 du code de la sécurité sociale, les mots : « une limite déterminée » sont remplacés par les mots : « la limite prévue au deuxième alinéa ».

II. - Les dispositions du I sont applicables aux pensions prenant effet après le 31 décembre 2007.

III. - Pour les pensions prenant effet après le 31 décembre 2003, la limite mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 351-1 du code de la sécurité sociale est égale à :

150 trimestres pour les assurés nés avant 1944 ;

152 trimestres pour les assurés nés en 1944 ;

154 trimestres pour les assurés nés en 1945 ;

156 trimestres pour les assurés nés en 1946 ;

158 trimestres pour les assurés nés en 1947.

(loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites)

2. Plus rarement le parti rédactionnel retenu est celui du maintien de la réglementation ancienne, les règles nouvelles ne s'appliquant qu'à des hypothèses précisément définies.

Lorsque le texte modifie un texte antérieur, a fortiori s'il s'agit d'un code, les dispositions transitoires doivent faire l'objet d'articles distincts de ceux qui édictent les nouvelles règles, afin qu'elles ne s'incorporent pas au nouveau texte modifié. Il est d'ailleurs souvent préférable de regrouper les dispositions transitoires et les abrogations du droit antérieur sous l'intitulé de « dispositions transitoires et finales.

FICHE 3.8.3

LES ABROGATIONS

I. Principes

Les textes législatifs et réglementaires restent applicables tant qu'ils n'ont pas été abrogés, même s'ils sont tombés en désuétude, c'est-à-dire sont restés inappliqués pendant une longue période, et même en cas d'usage contraire, à moins que des textes nouveaux ne procèdent explicitement à leur abrogation ou ne soient jugés incompatibles avec eux. L'abrogation peut être explicite. Elle peut aussi être implicite, c'est-à-dire se déduire de l'incompatibilité entre les anciennes normes et de nouvelles dispositions régissant la matière. On pense parfois plus prudent de s'en tenir à une abrogation implicite, parce que l'abrogation expresse expose au risque d'oublier telle ou telle disposition que l'édiction de la nouvelle norme remet en cause. On recourt aussi à la formule « toutes dispositions contraires sont abrogées. », laquelle se borne à rappeler le mécanisme de l'abrogation implicite. En réalité, cette prudence traduit bien souvent une méconnaissance de l'état exact du droit ou une analyse insuffisante de celui-ci qui augure mal de l'application de la règle future. On veillera donc particulièrement, lors de la conception d'un texte, à abroger celles des dispositions auquel le nouveau texte doit se substituer.

L'administration est tenue d'abroger un règlement illégal depuis l'origine ou devenu illégal, après son édicton, à la suite de changements de circonstances de fait ou de droit (CE Ass., 3 février 1989 Alitalia). L'abrogation peut ainsi être imposée par une évolution des normes supérieures, telles que les normes communautaires. L'abrogation, qui peut résulter d'une simple modification de la réglementation, peut ne pas être immédiate en cas de changement de circonstances, mais l'application des dispositions dont la modification s'impose ne saurait, selon les termes de la jurisprudence Villemain (CE Ass., 26 juin 2002), se prolonger au delà d'un « délai raisonnable ».

L'abrogation d'une loi n'entraîne pas automatiquement celle des règlements qui ont été pris pour son application et qui restent conciliables avec la nouvelle législation (CE Ass. 16 avril 1943, Lanquetot).

L'abrogation d'un texte B qui avait lui-même abrogé un texte A ne fait pas revivre le texte A, sauf s'il résulte de ces dispositions qu'il ne peut avoir que cet objet ou cet effet (voir rapport public du Conseil d'Etat pour 1994 ; EDCE, p 194). En conséquence, il est inutile et inopportun, lorsque l'on prend un décret dont les dispositions se substituent entièrement à celles d'un décret précédent, de ne pas abroger dans celui-ci les dispositions abrogeant le décret qu'il avait lui-même remplacé.

Si l'on souhaite abroger un texte A dans sa rédaction issue d'un texte B – par exemple une disposition codifiée – c'est le texte A qu'il convient d'abroger et non le texte B.

II. Modalités

A. L'abrogation par modification ou remplacement

La réécriture d'un texte implique nécessairement l'abrogation du texte dans sa rédaction antérieure. Il est donc inutile d'utiliser la formulation « les dispositions de l'article X sont abrogées et remplacées par les dispositions suivantes ».

Cette abrogation n'entre en vigueur qu'à la date à laquelle le texte ainsi modifié entre lui-même en vigueur, cette date pouvant être soit la date d'entrée en vigueur explicitement choisie,

soit, lorsque des textes d'application sont nécessaires, la date à laquelle ces textes entreront eux-mêmes en vigueur. La volonté de faire clairement apparaître ce décalage conduit parfois à introduire dans le texte une disposition inspirée du modèle suivant: « Les dispositions de l'article X dans leur rédaction antérieure à la présente loi (au présent décret) sont abrogées à compter de l'entrée en vigueur de ces dispositions dans leur rédaction qui en résulte ». Ce type de disposition n'est pas juridiquement utile et peut s'avérer dangereux dans le cas de dispositifs complexes d'entrée en vigueur.

B. L'abrogation pure et simple

Comme la création d'une nouvelle norme, la disparition de celle-ci peut faire l'objet d'un dispositif particulier d'entrée en vigueur, notamment d'une entrée en vigueur différée.

Mais, pour les mêmes raisons, le législateur ne peut renvoyer à une mesure réglementaire le soin de fixer la date « d'entrée en vigueur » d'une abrogation. On ne peut donc écrire, dans un texte de niveau législatif, que « l'article X est abrogé à compter d'une date fixée par décret », à laquelle on doit préférer la disposition suivante : « « l'article X est abrogé à compter d'une date fixée par décret et au plus tard le... » ».

Toutefois, ce principe connaît une exception s'agissant de l'abrogation de dispositions formellement législatives mais qui sont intervenues dans le domaine réglementaire, que l'on trouve notamment dans les lois ou ordonnances adoptant la partie législative d'un code. Dans ces cas, il est possible, afin d'éviter une discontinuité, de renvoyer l'entrée en vigueur de l'abrogation de ces dispositions à l'entrée en vigueur de la partie réglementaire du code qui reprendra ces dispositions.

Exemple :

Ordonnance no 2000-930 du 22 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de la route

Article 5

I. - Sont abrogés :

1o L'ordonnance no 58-1216 du 15 décembre 1958 relative à la police de la circulation routière

(etc.)

II. - Sont abrogés, à compter de la date d'entrée en vigueur du décret relatif à la partie Réglementaire du code de la route :

1o La deuxième phrase du 3o de l'article L. 2213-2 du code général des collectivités territoriales ;

2o L'article 4 de la loi no 70-597 du 9 juillet 1970 instituant un taux légal d'alcoolémie et généralisant le dépistage par l'air expiré ;

3o Les I, II et VII de l'article 63 de la loi no 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

FICHE 3.9.1

SIGNATURES ET CONTRESEINGS : LES ACTES DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE

Les règles de fond applicables aux actes signés par le Président de la République reposent sur une distinction entre les actes dont la signature par le Président de la République est obligatoire et ceux qu'il a, en dehors de toute obligation, choisi de signer (pour les règles de procédure, voir fiche 2.1.3.).

I. Contreseing des actes qui doivent être signés par le Président de la République

La Constitution prévoit, dans son article 19, que certains actes limitativement énumérés, pris par le Président de la République dans l'exercice de ses prérogatives, ne sont soumis à aucun contreseing.

Il s'agit de l'acte par lequel cette autorité nomme le Premier ministre ou met fin à ses fonctions, sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement (1^{er} alinéa de l'article 8 de la Constitution), de la décision de soumettre un projet de loi au référendum (article 11 de la Constitution), de la décision portant dissolution de l'Assemblée nationale (article 12), des mesures « exigées par les circonstances » et prises sur le fondement de l'article 16 de la Constitution, des mesures de nomination au Conseil constitutionnel prises en vertu de l'article 56 de la Constitution et, en dernier lieu, des actes de saisine du juge constitutionnel (articles 54 et 61 de la Constitution).

Tous les autres actes pour lesquels la signature par le Président de la République est obligatoire doivent, quant à eux, être revêtus du contreseing du Premier ministre, ainsi que du contreseing des ministres que l'article 19 de la Constitution qualifie de « responsables ».

A. Les actes soumis au contreseing du Premier ministre et des ministres responsables

S'agissant, en premier lieu, des mesures individuelles, le Président de la République signe toute mesure portant nomination dans un emploi (article 13 de la Constitution) à moins que délégation ait été donnée dans les conditions fixées par l'ordonnance organique n°58-1136 du 28 novembre 1958.

Il est en outre seul compétent pour signer les décisions portant mise à la retraite des fonctionnaires civils ayant été nommés par décret en Conseil des ministres.

S'agissant, en second lieu, des mesures à caractère général, le Président de la République signe tous les actes de promulgation des lois, dans les conditions prévues aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Il lui appartient également de signer les ordonnances prises en vertu des articles 38, 47, 47-1 et 74-1 de la Constitution.

Il signe en outre tous les décrets délibérés en conseil des ministres (article 13 de la Constitution). Cette délibération peut être obligatoire, soit parce qu'elle est prévue par une norme de rang supérieur, soit parce que l'on modifie un décret qui avait été lui-même délibéré par le conseil des ministres. Elle peut aussi résulter d'un choix d'opportunité.

Il signe, enfin, eu égard à la nature des matières abordées, les décrets fixant les attributions déléguées aux ministres délégués et aux secrétaires d'Etat (les décrets d'attribution des ministres sont

délibérés en conseil des ministres) et les décrets relatifs à l'ordre de la Légion d'honneur, à l'Ordre national du mérite et à la Médaille militaire — que ces décrets aient pour but d'organiser les ordres en cause ou d'y nommer ou promouvoir des personnes.

Sur l'ensemble des points qui précèdent, on se reportera aux *fiches 1.3.3 et 4.2.1* relatives à la répartition des compétences.

B. La notion de « ministres responsables »

Il s'agit, selon la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, des ministres auxquels « *incombent, à titre principal, la préparation et l'application des actes* » considérés (CE Sect., 10 juin 1966, Pelon et autres). Cette interprétation du texte constitutionnel, dégagée en vue d'examiner la régularité formelle de textes réglementaires, est transposable aux actes de promulgation des lois.

En d'autres termes, le ministre responsable est celui qui prend l'initiative d'élaborer le texte en cause, confie à ses services la responsabilité principale de cette élaboration, s'emploie à recueillir l'adhésion des autres départements ministériels dont le concours lui est nécessaire, soumet le texte au Conseil des ministres, en assure et en contrôle enfin l'application.

Le ou les ministres sur le rapport desquels est pris le texte (*voir fiche 3.1.4.*) sont nécessairement regardés comme « responsables » de son application et doivent donc le contresigner.

En pratique, il est d'usage que le ministre chargé de l'outre-mer contresigne tous les actes à caractère général qui, soit prévoient expressément leur application en Nouvelle-Calédonie ou aux collectivités régies, conformément à l'article 74 de la Constitution, par le principe de spécialité législative, soit comportent certaines adaptations, fût-ce de pure forme, en vue de leur application aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, et ce quelles que soient les diligences effectivement déployées par les services du ministère en vue de la préparation de ces actes ou de leur application (*voir fiche 3.6.1., Elaboration et contresigning des textes comportant des dispositions relatives à l'outre-mer*).

Les ministres responsables sont désignés par la formule suivante :

« *Le Premier ministre, le ministre de ... et le ministre de ... sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application du présent décret...* ».

On veillera à désigner ces autorités par leurs titres précis résultant du décret de composition du Gouvernement. Ces titres sont mis au féminin, s'il y a lieu. A contrario, la formule « le ministre chargé de... », utilisée à juste titre dans le corps d'un décret dans un souci de simplification et de clarté, est à proscrire dans un article d'application.

II. Contresigning des actes que le Président de la République choisit de signer

Le Président de la République peut décider d'apposer sa signature sur des décrets qui, n'ayant pas été délibérés en Conseil des ministres et n'étant relatifs ni aux attributions des ministres, ministres délégués et secrétaires d'Etat, ni aux trois ordres honorifiques mentionnés au ci-dessus, relèvent de la compétence réglementaire du Premier ministre.

C'est en matière de défense nationale que cet usage est le plus fermement établi.

En pareille hypothèse, la compétence de l'auteur du décret et la régularité formelle de ce dernier sont appréciées au regard des règles de signature et de contresigning applicables aux actes du

Premier ministre (CE Ass., 27 avril 1962, Sicard et autres, voir *fiche 3.9.2*). Le décret est donc contresigné par les ministres chargés de son exécution.

FICHE 3.9.2

SIGNATURES ET CONTRESEINGS : LES ACTES DU PREMIER MINISTRE

I. Principes et exceptions

A. Le principe jurisprudentiel

En vertu de l'article 22 de la Constitution, les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les « ministres chargés de leur exécution » — et non, à l'instar des actes que Président de la République est tenu de signer, par les « ministres responsables » (sur cette dernière notion, voir *fiche 3.9.1., Signatures et contreseings : les actes du Président de la République*).

Selon la définition qu'en donne le Conseil d'État, les ministres chargés de l'exécution d'un acte réglementaire du Premier ministre sont « ceux qui seront compétents pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution de cet acte » (CE Ass., 27 avril 1962, Sicard et autres).

Autrement dit, les ministres chargés de l'exécution d'un décret sont ceux qui auront la charge de prendre les mesures juridiques nécessaires pour que le décret reçoive application.

A contrario, le simple fait qu'un ministre soit intéressé par le sujet traité — au motif, par exemple, qu'il serait ultérieurement amené à faire application du décret en cause pour prendre un certain nombre de mesures individuelles — ou même qu'il ait été associé à la préparation du décret, ne justifie pas, à lui seul, qu'il appose son contreseing sur le texte en cause.

Par exemple, le décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'Etat et à certaines modalités de cessation de fonctions, qui donne compétence aux ministres dont relèvent les fonctionnaires pour prononcer par arrêté les mesures qu'il prévoit (mise à disposition, détachement, etc..) n'avait pas à être contresigné par l'ensemble des ministres ; de fait, il ne l'a été que par le ministre de l'économie, des finances et du budget, le secrétaire d'Etat à la fonction publique et le secrétaire d'Etat au budget.

Le ou les ministres sur le rapport desquels est pris le décret (voir *fiche 3.1.4.*) sont nécessairement regardés comme « *chargés de l'exécution* » de celui-ci et doivent donc le contresigner.

On notera que ces principes s'appliquent aussi bien aux décrets pris en vertu du pouvoir réglementaire autonome du Premier ministre qu'aux décrets pris par celui-ci pour l'application des lois.

Ils ne sont sujets, en réalité, qu'aux deux réserves exposées aux points suivants.

B. Exceptions

1°) Les prévisions expresses d'une norme de rang supérieur

Certaines normes de rang supérieur, il est vrai assez rares, prévoient expressément que les règlements pris pour leur application comporteront le contreseing de certains ministres.

Par exemple, en application de l'article 21 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature, toute disposition

réglementaire nouvelle prescrivant la participation des magistrats aux travaux d'organismes ou de commission extrajudiciaires doit être soumise au contreseing du garde des sceaux.

Il est par ailleurs d'usage que les décrets portant attribution de compétences à un ministre ou délégation de compétences à un ministre délégué ou à un secrétaire d'Etat disposent que l'intéressé contresignera les décrets relevant des compétences qui lui sont attribuées par délégation.

En pareille hypothèse, le contreseing considéré devra, pour respecter cette mention, être systématiquement recueilli, alors même que son absence ne vicie pas la régularité formelle du règlement (voir CE, Ass, 8 juillet 1997, Tête).

2°) Le cas particulier de l'outre-mer

Dans un souci de coordination gouvernementale, il est à la fois souhaitable et admis que le ministre chargé de l'outre-mer contresigne les décrets, non seulement lorsqu'il a des mesures d'exécution à prendre (à cet égard, il convient de rappeler qu'il exerce outre-mer les attributions qui reviennent au ministre de l'intérieur en métropole), mais également dans deux cas :

- s'agissant des collectivités d'outre-mer régies par l'article 73 de la Constitution, lorsque le texte en cause comporte une mesure d'adaptation en vue de son application à ces collectivités ou prévoit, au contraire, qu'il n'y sera pas applicable ;

- lorsque le texte comporte une mention d'application dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution ou en Nouvelle-Calédonie (voir sur ce point la *fiche 3.6.1., Elaboration et contreseing des textes comportant des dispositions relatives à l'outre-mer*).

II. Mise en œuvre

La mise en œuvre de ces principes appelle les précisions suivantes.

A. Décrets pris pour l'application des lois

Le seul fait que l'acte de promulgation d'une loi soit revêtu du contreseing d'un ministre considéré, à cet effet, comme « ministre responsable » ne confère pas pour autant à celui-ci la qualité de « ministre chargé de l'exécution » de l'ensemble des décrets d'application de cette loi.

On appliquera, en pareille hypothèse, la grille d'examen issue de la décision *Sicard et autres* précitée.

B. Décrets modifiant des décrets antérieurs

Selon une jurisprudence constante, de tels décrets peuvent n'être valablement contresignés que par les seuls ministres concernés par les dispositions modifiées. Il n'y a donc pas nécessairement sur ce point parallélisme des formes entre texte initial et texte modificatif.

C. Décrets prévoyant la désignation de représentants de l'État au sein d'un organisme public.

On recueillera systématiquement le contreseing des ministres que le décret invite à désigner, par arrêté, des représentants.

Il paraît prudent de recueillir également le contreseing des ministres dont le texte prévoit qu'ils auront à formuler des propositions en vue de la désignation de leurs représentants.

A contrario, lorsque les représentants de l'administration sont désignés "ès qualités", le décret qui institue la commission ou l'organisme ne doit pas, en toute rigueur, être contresigné par chacun des ministres dont dépendent ces fonctionnaires. On veillera simplement à leur bonne information durant la procédure interministérielle préalable à l'adoption du projet de décret.

D. Décrets dont l'application ne requiert aucun acte ministériel d'exécution

C'est notamment le cas de la plupart des décrets portant déclaration d'utilité publique.

En vertu de l'article 22 de la Constitution, les textes de cette nature ne devraient normalement comporter que la signature du Premier ministre, à l'exclusion de tout contreseing. On admet cependant, dans la pratique, qu'ils soient contresignés par le ministre qui les a élaborés.

E. Contreseing par un ministre délégué ou un secrétaire d'État placé auprès d'un ministre

Les ministres délégués et secrétaires d'État placés auprès d'un ministre signent les actes entrant dans leur domaine d'attributions dans les cas et conditions prévus par leur décret de délégation.

La pratique récente a été de permettre au ministre délégué ou au secrétaire d'État de signer seul, pour le ministre titulaire et par délégation, tous arrêtés, circulaires, actes et décisions intervenant dans son domaine et de prévoir qu'il contresigne les décrets intervenant dans ce même domaine.

S'agissant des décrets, ce contreseing ne peut toutefois que s'ajouter à celui du ministre, jamais s'y substituer. L'omission du contreseing d'un ministre délégué ou d'un secrétaire d'État placé auprès d'un ministre n'entache pas d'illégalité ces décrets.

F. Difficultés à déterminer les contreseings

Dans l'hypothèse où, faute de toute disposition expresse, il serait malaisé de prévoir les mesures qui devront être prises pour l'exécution d'un décret, on préférera recueillir des contreseings nombreux, alors même que certains d'entre eux pourraient s'avérer superfétatoires, plutôt que de risquer d'entacher la régularité formelle du décret.

On notera, en dernier lieu, que la liste des autorités « chargées de l'exécution » d'un acte du Premier ministre, entendues dans le sens des indications qui précèdent, doit figurer dans le dernier article de l'acte en cause, dit « article d'exécution ».

Les ministres chargés de l'exécution sont désignés par la formule suivante :

« Le Premier ministre, le ministre de ... et le ministre de ... sont, chacun en ce qui le concerne, chargés de l'exécution du présent décret... ».

On veillera à désigner ces autorités par leurs titres précis et dans l'ordre protocolaire, sans dérogation possible, résultant du décret de composition du Gouvernement. Ces titres sont mis au féminin, s'il y a lieu. A contrario, la formule « le ministre chargé de... », qui peut être utilisée à juste titre dans le corps d'un décret dans un souci de simplification et de clarté, est à proscrire dans un article d'exécution.

A défaut de ministre ou de secrétaire d'État chargé d'exécuter, l'article d'exécution se borne à préciser les conditions de publication de l'acte.

FICHE 3.9.3

DELEGATIONS DE SIGNATURE CONSENTIES PAR LES MEMBRES DU GOUVERNEMENT

Le nombre important de décisions prises quotidiennement par les autorités administratives de l'Etat implique la mise en place de délégations de signature des ministres à leurs subordonnés (pour les règles de procédure gouvernant la signature et le contresigning de l'ensemble des textes normatifs voir *fiche 2.1.3.*).

En ce qui concerne les conditions dans lesquelles les ministres et secrétaires d'Etat peuvent déléguer leur signature aux agents des administrations centrales, le régime juridique de ces délégations résulte principalement du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2005, qui a remplacé le décret n°47-233 du 23 janvier 1947.

I. Principes

La délégation de signature est un procédé par lequel une autorité administrative charge une autre autorité, qui lui est hiérarchiquement subordonnée, d'agir en son nom, dans un cas ou dans une série de cas déterminés.

Elle présente les deux caractères suivants :

- la délégation de signature ne constitue qu'une mesure d'organisation interne du service qui, à la différence de la délégation de pouvoir, ne modifie en rien la répartition des compétences.

Par suite, un arrêté ministériel signé par délégation conserve le caractère de décision ministérielle. On relèvera d'ailleurs, sur le plan formel, que le délégataire n'agit que « pour [le délégant] et par délégation ».

En outre, et pour les mêmes raisons, une délégation de signature n'empêche pas le délégant d'évoquer à tous moments une affaire soumise au délégataire.

- il s'agit d'une mesure prise *intuitu personae* qui peut être remise en cause ou est, de plein droit, remise en cause (voir infra le régime de délégations consenties par les membres du Gouvernement) en cas de changement des personnes concernées, qu'il s'agisse de l'autorité délégante ou du délégataire.

II. Conditions de la délégation de signature

A. Champ de la délégation

Une délégation de signature ne peut être générale ni transférer l'ensemble des pouvoirs de l'autorité délégante au délégataire.

L'acte portant délégation de signature doit donc indiquer les matières pour lesquelles cette délégation est accordée. Certaines attributions essentielles des ministres ne peuvent faire l'objet d'aucune délégation de signature. Il en est ainsi de la signature des décrets.

B. Le rapport de subordination

Il résulte de la jurisprudence du Conseil d'État que les délégations de signature ne peuvent, par nature, être données qu'à un agent placé sous l'autorité hiérarchique du délégant, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de la signature d'un ministre, à un membre de son cabinet ou à un agent relevant de son administration.

Dès lors, à titre d'exemple, le directeur d'un établissement public de l'État, placé certes sous la tutelle d'un ministre mais ne relevant pas au sens strict de son pouvoir hiérarchique et assumant, au contraire, la responsabilité d'un organisme auquel s'applique le principe d'autonomie, ne saurait recevoir délégation pour signer des actes administratifs qui relèvent de la compétence du ministre, même lorsqu'il s'agit d'actes de gestion.

De la même façon, lorsque le décret d'attributions d'un ministre prévoit que celui-ci dispose d'un service placé sous l'autorité d'un autre ministre, le décret ayant pour objet de permettre à la première de ces autorités d'accorder une délégation de signature aux personnels du service mis à sa disposition devra être contresigné par les deux ministres. Il en va notamment ainsi pour la délégation à un fonctionnaire ne relevant pas de l'autorité d'un ministre de la capacité d'ordonnancer des crédits inscrits au budget dont ce ministre est l'ordonnateur principal.

C. Présentation et publication de la décision portant délégation de signature

En principe, seule une décision préalable, explicite, désignant nominativement la personne qui reçoit délégation, signée en personne par l'autorité délégante et publiée peut valablement conférer une délégation de signature. Toutefois, le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 a prévu que les fonctionnaires occupant certains emplois bénéficiaient à raison de leur nomination d'une délégation de signature. (voir infra)

A défaut de publication, les décisions prises sur le fondement de la décision de délégation ou de la décision de nomination valant délégation sont, en principe, entachées d'incompétence.

Un acte réglementaire peut toutefois être pris sur le fondement d'une délégation déjà signée mais non encore publiée, à la condition que cet acte ne soit pas publié avant la délégation (C.E., 2 avril 1997, Syndicat national autonome des directeurs de conservatoires et écoles de musique).

Le degré de publicité exigé par la jurisprudence dépend en outre de la nature de l'acte.

Les actes portant délégation de la signature d'un ministre, quelle qu'en soit la forme doivent être publiés au Journal officiel.

En revanche, s'agissant des délégations accordées à leurs subordonnés par les dirigeants d'un établissement public, une publication au bulletin officiel du ministère dont relève l'établissement est suffisante (C.E., 23 juillet 2003, Société CLL Pharma).

III. Cas particuliers

A. Décrets d'attribution des ministres délégués et secrétaires d'État

Ces décrets portent délégation de signature du ministre au ministre délégué ou au secrétaire d'État placés auprès de lui.

Cette disposition, dont le détail peut varier, permet le plus souvent au délégataire de signer seul, dans la limite de ses attributions, tous actes, arrêtés et décisions.

En revanche les décrets ne pourront être contresignés par lui que conjointement avec le ministre auprès duquel il est placé.

B. Délégation de signature consentie par les ministres aux agents des administrations centrales

En principe, un ministre ne peut déléguer sa signature que par décret.

Toutefois, le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement a prévu l'octroi aux agents assurant les principales fonctions d'encadrement du ministère d'une délégation de plein droit résultant de l'acte de nomination dans leurs fonctions. En outre, ces agents peuvent subdéléguer leur signature à certains des agents placés sous leur autorité.

La circulaire du 21 septembre 2005 a présenté les principales caractéristiques de ce nouveau régime

IV. Mise en oeuvre

A. L'intitulé

Dans un souci d'harmonisation, les textes portant délégation de signature sont toujours rédigés ainsi :

- décret portant délégation de signature (nom de la direction ou du service concerné)
- arrêté portant délégation de signature (cabinet du ministre)
- décision portant délégation de signature (nom de la direction ou du service concerné)

B. Les visas

De manière générale, le rédacteur veille à viser des textes à jour notamment en ce qui concerne l'acte de nomination du Premier ministre et celui relatif à la composition du Gouvernement.

Doivent être visés :

Pour les décrets et les arrêtés du ministre :

- le décret portant nomination du Premier ministre ;
- le décret relatif à la composition du Gouvernement ;
- le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement ;

Pour les décisions :

- les décrets et arrêtés relatifs à l'organisation de la structure (délégation interministérielle, administration centrale, service à compétence nationale, conseil ...)

- le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement ;

C. Les mentions obligatoires

Pour chaque délégataire doit apparaître la civilité, le nom, le prénom, le statut et la fonction au titre de laquelle la délégation est donnée.

Les règles relatives à la féminisation s'appliquent ici comme ailleurs.

D. Intitulé des ministres dans les décisions

Comme pour les autres textes réglementaires, les décisions de subdélégations doivent se borner à faire référence au "ministre chargé de...".

E. Abrogations

Il n'est pas nécessaire de prévoir une disposition expresse d'abrogation puisque le nouveau texte emporte nécessairement abrogation du précédent ; il n'est pas non plus utile de prendre un texte d'abrogation lorsque le délégataire quitte ses fonctions puisque sa cessation de fonction met fin par nature à la délégation qui lui avait été consentie.

MINISTÈRE DE

(direction de)

Décision du portant délégation de signature

Le directeur de [ou autre autorité mentionnée au 1° ou au 3° de l'article 1er du décret du 27 juillet 2005],

Vu le décret n° du relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère de ;

Vu le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, notamment son article 3 ;

Vu [texte réglementaire régissant l'organisation de la direction ou du service auquel appartient le délégataire],

Décide :

1

Délégation est donnée à M. X, administrateur civil, à l'effet de signer, au nom du ministre chargé de, tous actes, arrêtés et décisions, à l'exclusion des décrets, dans la limite des attributions du bureau de

2

Délégation est donnée à Mme Y, attachée d'administration centrale, à l'effet de signer, au nom du ministre chargé de, les titres de perception et les documents relatifs à

3

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le

FICHE 3.9.4

SIGNATURES ET CONTRESEINGS : LE CAS DE L'INTERIM DU PREMIER MINISTRE OU D'UN MINISTRE

Les règles particulières applicables dans l'hypothèse où le Premier ministre ou l'un des membres du gouvernement se trouve empêché, exposées ci-après, sont mises en œuvre par le secrétariat général du Gouvernement (pour les règles de procédure gouvernant la signature et le contreseing de l'ensemble des textes normatifs voir *fiche 2.1.3.*)

I. Procédure de désignation de l'intérimaire

En cas d'empêchement du Premier ministre ou d'un ministre, le Président de la République désigne un intérimaire pour agir à la place de l'autorité empêchée.

Lorsque la survenance d'un empêchement est prévisible — par exemple dans l'hypothèse d'un déplacement prochain à l'étranger —, il incombe aux services placés sous l'autorité du ministre intéressé de faire parvenir au secrétariat général du gouvernement, huit jours au moins avant cet empêchement :

- une note permettant d'apprécier l'opportunité du recours à la procédure de l'intérim (exemple : date, lieu et durée du déplacement, existence de dossiers urgents relevant du département ministériel) ;
- une note dressant, dans l'ordre protocolaire, la liste des membres du gouvernement qui, le cas échéant, seraient en mesure d'assurer l'intérim.

La décision du Président de la République, une fois arrêtée, est portée à la connaissance du ministre empêché par les soins du secrétariat général du gouvernement.

L'intérim prend fin soit à l'expiration de la durée déterminée, le cas échéant, par cette décision, soit lors de la cessation de l'empêchement provisoire du titulaire, soit enfin par la prise d'une nouvelle décision contraire à celle ayant institué l'intérim.

Dans les deux premiers cas, aucun acte juridique n'est nécessaire pour mettre fin à l'intérim.

II. Acte comportant la désignation de l'intérimaire

Cet acte revêt nécessairement la forme d'un décret.

A. Intérim du Premier ministre par un ministre

Le décret qui institue l'intérim est pris par le Président de la République et contresigné par le Premier ministre, si ce dernier ne se trouve pas d'ores et déjà empêché.

Pour un exemple de rédaction, voir le décret du 31 octobre 1992 relatif à l'exercice des attributions du Premier ministre pendant l'absence de M. Pierre Bérégovoy (Journal officiel du 1^{er} novembre 1992).

B. Intérim d'un ministre par le Premier ministre

Le décret qui prévoit l'intérim est pris par le Président de la République sur le rapport du Premier ministre. Il est signé et contresigné selon les règles de droit commun.

Pour un exemple de rédaction, voir le décret du 25 janvier 1988 chargeant le Premier ministre de l'intérim du ministère de l'économie, des finances et de la privatisation (Journal officiel du 26 janvier 1988).

C. Intérim d'un ministre par un autre ministre

Le décret prévoyant l'intérim est pris par le Président de la République sur le rapport du Premier ministre. Il est signé et contresigné selon les règles de droit commun.

III. Visas, signature et contresignement des actes pris par l'intérimaire

Les actes de l'intérimaire ont la même nature juridique et la même place dans la hiérarchie des normes que s'ils émanaient du titulaire.

L'intérimaire dispose en outre de l'intégralité des pouvoirs attachés à la fonction dont il assure l'intérim.

C'est ainsi qu'il signe ou contresigne, dans les formes précisées ci-dessous, les actes qui auraient dû l'être par l'autorité qu'il remplace.

A. Intérim du Premier ministre par un ministre

Un décret entrant dans les attributions du Premier ministre et pris en période d'intérim comporte nécessairement le visa du décret relatif à l'exercice de ces attributions pendant l'absence de l'intéressé.

Il est signé du ministre qui remplace le Premier ministre. Cette signature est suivie de la mention suivante : « par... (nom de l'autorité intérimaire), pour le Premier ministre et par intérim ».

Le contresignement, par l'intérimaire, d'une loi ou d'un décret pris par le Président de la République est organisé selon des règles analogues : après la mention « *Par le Président de la République* » figure ainsi la mention : « *Pour le Premier ministre et par intérim* », suivie du titre du ministre qui remplace le Premier ministre.

B. Intérim d'un ministre par le Premier ministre

Les décrets pris pendant l'intérim du ministre sont signés par le Premier ministre, agissant en tant que tel, et contresignés par le Premier ministre, en qualité cette fois d'intérimaire.

C. Intérim d'un ministre par un autre ministre

La signature du ministre intérimaire est précédée de la mention de son titre, suivie du titre du ministre qu'il remplace complété par la mention : « par intérim ».

4. REGLES PROPRES A CERTAINES CATEGORIES DE TEXTES

FICHE 4.1.1

**ELABORATION, CONCLUSION
ET PUBLICATION
DES ACCORDS INTERNATIONAUX**

I. La typologie des accords internationaux

Il est rappelé, à titre liminaire, que le droit des traités est codifié par la convention de Vienne du 23 mai 1969, à laquelle la France n'est pas partie mais dont elle respecte les stipulations qui se limitent à transcrire la coutume internationale ou à énoncer des principes généraux de droit international.

En droit international, le terme « traité » désigne tout accord destiné à produire des effets de droit et régi par le droit international, conclu par écrit entre deux ou plusieurs sujets de droit international. Le droit international - qui n'est pas formaliste - laisse toute liberté aux parties quant à l'appellation donnée à leur engagement.

La pratique française distingue les accords dits en forme solennelle - désignés à l'article 52 de la Constitution par le terme « traités » -, conclus au nom des chefs d'Etat, et les accords en forme simplifiée, conclus au niveau des gouvernements. Les pouvoirs de signature des accords en forme solennelle sont signés par le Président de la République. Ces accords doivent faire l'objet d'une ratification ; l'instrument de ratification est également signé par le Président de la République. Les pouvoirs de signature des accords en forme simplifiée sont signés par le ministre des affaires étrangères de même que, le cas échéant, les instruments d'approbation de ces accords. Sous cette réserve, l'entrée en vigueur des accords de l'une et l'autre forme est soumise aux mêmes procédures constitutionnelles. Leur portée juridique est identique au regard du droit international comme du droit interne.

Le choix de la forme solennelle se fait en fonction des précédents, de la nécessité qu'a l'Etat étranger d'adopter cette forme en raison de son droit interne ou de considérations politiques qui conduisent à donner une plus grande solennité à l'engagement. L'article 53 de la Constitution commande la forme solennelle dans un certain nombre de cas.

Le terme de convention est souvent utilisé pour des accords bilatéraux et multilatéraux qui portent sur des matières techniques. Il est traditionnel pour certaines catégories d'accords : conventions consulaires, fiscales, de coopération culturelle et de coopération administrative.

Lorsqu'un accord complète ou modifie un accord existant, il peut être appelé « protocole additionnel », « protocole modifiant l'accord... » ou, à la rigueur, « avenant ».

En revanche, il faut éviter les expressions « mémorandum d'accord » ou « protocole d'accord », susceptibles de créer une confusion sur la portée de l'engagement souscrit.

Dans leurs contacts avec des pays anglo-saxons, les négociateurs français peuvent se voir proposer un « mémorandum d'entente » ou « memorandum of understanding ». Ces instruments ne sont pas toujours considérés par les juristes de ces pays comme des accords internationaux, mais comme des engagements de bonne foi qui ne lient pas les signataires. Or cette distinction est inconnue dans la conception française du droit international qui reconnaît à tout engagement pris au nom du gouvernement la valeur d'un accord international créant des

obligations. Il faut donc éviter de conclure des textes portant l'appellation « memorandum of understanding », afin de ne pas aboutir à des situations où le gouvernement français se considérerait comme lié sans que la réciprocité soit vraie. Si toutefois cette formule est imposée aux négociateurs français dans un cadre multilatéral par exemple, ils devront faire préciser par toutes les parties que ces instruments sont bien contraignants et que la France en exigera le respect.

A côté des accords internationaux conclus au nom des chefs d'Etat ou de gouvernement, la pratique internationale admet la conclusion d'arrangements administratifs, conclus avec leurs homologues étrangers par des ministres. Ces arrangements constituent une catégorie inconnue du droit international. En conséquence, tout en engageant l'Etat, ils présentent l'inconvénient de n'offrir aucune sécurité quant à leur exécution par l'autre partie. Il ne faut donc recourir à ces instruments que dans des circonstances particulières, pour compléter ou préciser un accord existant, ou, à la rigueur, pour organiser une coopération administrative de portée limitée. Dans tous les cas, les ministres ne peuvent s'engager que dans la stricte limite de leurs attributions et la compétence de la partie étrangère doit être vérifiée autant que possible. Pour un texte qui soit en France, soit en ce qui concerne la partie étrangère, relèverait de plusieurs ministres, il ne peut être fait usage de la technique de l'arrangement administratif.

II. La négociation des accords

A. La décision d'ouvrir une négociation

La décision d'ouvrir une négociation ou de refuser la proposition qui est faite en ce sens par un Etat constitue un acte de politique étrangère engageant la France.

Lorsqu'un ministre autre que le ministre des affaires étrangères constate la nécessité de disposer d'un nouvel accord bilatéral ou multilatéral ou de modifier un accord existant, il lui incombe d'en informer le ministre des affaires étrangères. Il fait de même lorsqu'il s'agit d'un projet d'arrangement administratif. En effet, seul ce ministre dispose d'une connaissance précise de l'ensemble de nos relations internationales lui permettant de juger de l'opportunité d'une telle négociation. En cas de divergences de vues sur l'ouverture d'une négociation, le ministre des affaires étrangères saisit le Premier ministre aux fins d'arbitrage.

B. La définition de l'objet et du cadre de la négociation

Lorsqu'un ministre autre que le ministre des affaires étrangères propose à celui-ci l'ouverture d'une négociation, il fait connaître à ce dernier la teneur de l'accord dont il souhaite la négociation dans des délais compatibles avec un examen approfondi. Cette information permet à la direction compétente du ministère des affaires étrangères, en relation avec la direction des affaires juridiques, de définir la nature de l'instrument, de procéder à une première mise au point de sa rédaction et de vérifier que les dispositions de celui-ci seront conformes au droit international, aux engagements conventionnels souscrits par la France et ne soulèveront pas de difficulté au regard du droit interne. En cas de nécessité, les difficultés rencontrées lors de cette mise en forme font l'objet de réunions d'arbitrage sous l'autorité du cabinet du Premier ministre.

Le ministre des affaires étrangères procède à la consultation de tous les ministres pouvant être intéressés à la négociation.

C. L'agenda prévisionnel de la négociation et des procédures ultérieures

Un agenda prévisionnel indicatif est établi conjointement par le ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, le ministre en charge de la négociation, en même temps qu'est défini

le cadre de la négociation. Il porte sur deux points :

- pour la phase de négociation, il comporte autant que possible une estimation du calendrier des rencontres, de la durée de la négociation et de la date envisagée pour la signature de l'accord. Il convient de tenir compte, dans le calcul de cette durée, des délais nécessaires aux consultations interministérielles et à l'examen des questions politiques, techniques et juridiques que soulève la négociation.

Dès cette phase, il est important de déterminer si l'accord pourrait rendre nécessaire une adaptation des dispositions législatives ou réglementaires nationales. Cet aspect est à prendre particulièrement en considération lorsqu'un projet de loi destiné à mettre en application l'accord est susceptible d'être présenté au Parlement en même temps que l'autorisation de ratification ou d'approbation de l'accord ;

- pour la phase ultérieure, il convient de déterminer le plus tôt possible si l'accord devrait faire ou non l'objet d'une autorisation parlementaire de ratification ou d'approbation, en application de l'article 53 de la Constitution.

Il faut également déterminer, dès que possible, si l'accord sera ou non applicable aux collectivités d'outre-mer. Le cas échéant, le ministre chargé de l'outre-mer est consulté sur la nécessité de recueillir l'avis des assemblées de ces collectivités.

D. La conduite de la négociation

Il est indispensable qu'une information précise sur le contenu et l'évolution des discussions soit diffusée à l'ensemble des ministères intéressés, notamment lorsqu'elles sont de nature à affecter sensiblement la teneur de l'accord. Lorsqu'un ministre autre que le ministre des affaires étrangères conduit la négociation, il doit veiller à ce que ce dernier dispose d'un suivi détaillé de la négociation.

Les corrections et ajustements souhaités doivent intervenir autant que possible avant la clôture de la phase officielle de négociation. Les négociateurs, en apposant leur dernier paraphe, reconnaissent la rédaction comme étant le résultat définitif de leurs discussions. En effet, dès sa signature, la portée de l'accord ne peut plus être modifiée, sauf par voie de réserves s'il s'agit d'un accord multilatéral. Or, il est trop souvent constaté que c'est au moment où sont engagées par le gouvernement les procédures en vue de la ratification ou de l'approbation que les administrations font valoir des objections.

Lors de l'examen des questions juridiques que soulève le projet en cours de négociation, une importance particulière doit être accordée à la conformité des stipulations de celui-ci à la Constitution. Le secrétariat général du Gouvernement doit être tenu informé de toute difficulté d'ordre constitutionnel soulevée par la négociation d'un accord. Il lui appartient de saisir, si nécessaire, le Conseil d'Etat d'une demande d'avis sur la conformité du projet à la Constitution.

III. La rédaction et la présentation

A. La langue des négociations et des accords

La réforme constitutionnelle du 25 juin 1992 a consacré le principe selon lequel « la langue de la République est le français » (article 2).

1°) Accords bilatéraux

Pour la négociation des accords bilatéraux, que celle-ci se déroule en France ou à l'étranger, les négociateurs s'expriment et rédigent en français, en faisant usage de l'interprétation et de la traduction si nécessaire. A l'étranger, en cas d'impossibilité d'utiliser le français dans les pourparlers, il convient d'utiliser une langue officielle du pays.

Dans les pays dont les négociateurs français ne pratiquent pas la langue ou une des langues officielles et lorsque leurs interlocuteurs ne pratiquent pas le français, l'usage d'une langue tierce est proscrit dans les phases officielles de négociation.

Dans tous les cas, les correspondances officielles relatives à la négociation sont rédigées en français.

Ce principe, valable pour tous les pays, doit être respecté de façon particulièrement stricte pour les pays qui appartiennent aux institutions francophones.

2)) Accords multilatéraux

Pour la négociation des accords multilatéraux, il incombe aux négociateurs français de s'exprimer et de rédiger en français et de faire usage de l'interprétation et de la traduction. Il ne peut être dérogé à cette règle que dans l'enceinte des rares organisations internationales où le français n'a pas le statut de langue officielle (institutions financières créées à Bretton-Woods).

Il faut veiller à ce que les documents préparatoires à une phase de négociation soient diffusés en temps utile en version française, par le secrétariat de l'organisation ou la présidence de la négociation.

3°) La langue de l'accord

Plusieurs cas de figure peuvent être distingués :

- celui de la négociation bilatérale qui aboutit à un seul texte en version française ;
- celui de la négociation bilatérale qui aboutit à deux textes, l'un en français, l'autre dans une langue officielle de l'autre Etat. Dans la mesure du possible, il faut décourager l'autre Etat de demander une version supplémentaire en langue tierce. Il est en tout cas exclu que celle-ci soit désignée dans l'accord comme faisant foi ;
- celui des accords multilatéraux pour lesquels un texte est établi dans chacune des langues officielles de la négociation.

Dans tous les cas, les négociateurs français doivent exiger une version française faisant foi. Il importe d'éviter que la version française faisant foi procède d'une traduction. De telles traductions comportent en effet le plus souvent des impropriétés terminologiques et risquent même d'introduire des notions inconnues de notre ordre juridique national. Ces défauts de la traduction sont, l'expérience le montre, à l'origine de bien des difficultés lors des phases ultérieures de la procédure et dans l'application même de l'accord.

B. Eléments habituels d'un accord international

Le titre précise clairement l'objet du texte sous une forme aussi concise que possible, ainsi que les parties à l'instrument.

Le préambule identifie les parties : « La République française et la République (ou) le Royaume de... », « Le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de... », ou,

pour certains accords multilatéraux, « les Etats parties au présent accord », formules éventuellement complétées, selon la rédaction des articles du dispositif de l'accord, par la formule « ci-après dénommées : « Les Hautes Parties contractantes », s'agissant d'un accord en forme solennelle, ou « les Parties », s'agissant d'un accord en forme simplifiée.

Il rappelle en tant que de besoin les accords antérieurs dans le cadre desquels est conclu l'accord en cause. Il peut également fixer le principe de l'engagement et les intentions politiques auxquelles répond la conclusion de cet accord. L'ensemble se conclut par la formule : « sont convenu(e)s des dispositions suivantes ».

Il convient d'être attentif à la rédaction du préambule, dans la mesure où celui-ci peut éventuellement constituer un élément d'appréciation des intentions des parties en cas de difficulté d'interprétation des stipulations de l'accord.

Les articles sont rédigés au présent, comme dans les textes de droit interne, pour marquer la permanence des dispositions. Ils doivent exprimer clairement les engagements des parties. Les formules du type « s'engagent à » sont rendues inutiles par la formule qui clôt le préambule, sauf si les négociateurs souhaitent expressément exclure l'applicabilité directe des dispositions en cause.

La règle générale suivie par les publications officielles s'agissant des intitulés d'organismes et d'institutions consiste, lorsqu'il s'agit d'organismes et d'institutions dont la compétence s'étend à tout le territoire d'un Etat, à les traiter comme des noms propres et donc à doter le premier mot nécessaire à l'identification d'une majuscule, ainsi que l'adjectif éventuel qui le précède, à l'exclusion de tout autre. Les sigles sont à proscrire, de même que l'emploi des mots d'une langue étrangère.

En dehors du cas des engagements correspondant à une opération entraînant nécessairement une dépense particulière, l'accord doit contenir une clause de réserve budgétaire qui permet de limiter l'engagement financier de l'Etat aux crédits votés par le Parlement dans le cadre des lois de finances annuelles. Sa rédaction est la suivante : « Cette coopération s'exerce dans le cadre et dans la limite des disponibilités budgétaires de chacune des parties ».

Un accord n'a pas en principe à mentionner les services chargés de mettre en oeuvre un instrument international. Cette mention lie inutilement alors que l'évolution des compétences et les circonstances commandent des adaptations fréquentes de l'organisation administrative. En sens inverse, la demande par des négociateurs étrangers d'une telle disposition peut être la marque d'une faiblesse d'administration de leur Etat et le signe de difficultés ultérieures d'application de l'accord projeté.

Une clause territoriale peut être nécessaire, en particulier dans le cas des conventions fiscales et des accords de protection et d'encouragement des investissements.

Même dans les cas où l'Etat étranger ne souhaite pas définir le champ d'application territorial de l'accord en ce qui le concerne, l'accord peut explicitement mentionner le champ d'application territorial pour la France.

Dans la désignation des territoires auxquels l'accord est applicable, il peut être ajouté, le cas échéant : « ainsi qu'à sa zone économique exclusive et à son plateau continental pour les activités relevant des droits souverains de la République française, conformément aux dispositions de la convention des Nations-Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 ».

Il convient, en tout état de cause de déterminer :

- si, eu égard à son objet, l'accord traitera de matières relevant de la compétence des collectivités d'outre-mer ;

- dans l'affirmative, s'il y a lieu, d'exclure celles-ci du champ d'application de l'accord.

La mention des mécanismes de règlement des différends sur l'interprétation et l'application des instruments est une faculté.

Si de tels mécanismes ne sont pas mentionnés dans un accord, les différends sur son interprétation se régleront par la voie diplomatique. En cas d'échec, il peut être convenu de recourir à un autre mode de règlement des différends, par exemple l'arbitrage. Cela suppose l'accord des deux parties.

S'il est prévu dans l'accord de recourir à l'arbitrage, le soin de désigner les arbitres manquants peut être confié au secrétaire général des Nations unies, au président de la Cour internationale de justice ou aux présidents d'autres juridictions internationales. Pour certains types d'accord, notamment les accords sur la protection et l'encouragement des investissements, il est d'usage de prévoir des clauses *ad hoc* de règlement des différends, comme le recours au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre un Etat et une personne privée.

Toute mention relative au règlement des différends doit faire l'objet d'une consultation préalable de la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères.

Les clauses finales mentionnent les conditions nécessaires à l'entrée en vigueur de l'accord (cf. 6). Elles doivent aussi contenir les conditions de validité de l'accord : durée, clause de dénonciation, prolongement éventuel des opérations en cours au titre de l'instrument en cas de dénonciation... La durée de validité de l'accord peut varier, d'un an à une durée illimitée. Elle peut être prorogée pour des périodes de même durée, soit tacitement, soit par accord exprès. En cas de prorogation tacite, il conviendra de s'assurer régulièrement que l'accord continue à produire des effets. Si une prorogation par accord exprès est choisie, il faudra y pourvoir le moment venu, faute de quoi l'accord sera automatiquement abrogé.

La formule finale mentionne la date et le lieu de signature, le nombre d'exemplaires originaux et les versions linguistiques. Elle se présente ainsi : « *Fait à..., le..., en deux exemplaires originaux en langue française et..., chacun des textes faisant foi* ». Chaque partie conserve un exemplaire original contenant les différentes versions linguistiques et dans lequel les textes la mentionnent en première place, aussi bien dans le titre, le préambule et les signatures que dans les dispositions où les deux parties sont citées (principe de l'alternat). Pour un accord en deux versions linguistiques par exemple, ce sont donc quatre textes différents qui auront été rédigés.

Les signatures sont placées chacune sous la mention « Pour le Gouvernement de... » dans le cas d'un accord en forme simplifiée ou « Pour la République française... » dans le cas d'un accord en forme solennelle. Sous chaque signature sont indiqués le prénom, le nom et la qualité du signataire.

C. Particularités selon les types d'accord

1°) Forme solennelle et forme simplifiée

Outre la formule précédant la signature, les accords en forme solennelle ne se distinguent des accords en forme simplifiée que sur quelques points. Il sont en principe intitulés « *traités (...) entre la République française et...* ». Il peut être agréé entre les parties de mentionner

les plénipotentiaires qui ont négocié le traité. En outre, le texte doit prévoir une ratification.

2°) Protocole de signature

Un protocole de signature est une annexe de nature interprétative. Il commence généralement par les mots : « Au moment de signer le présent traité (ou accord), les plénipotentiaires (ou les représentants des deux gouvernements) sont tombés d'accord pour donner l'interprétation suivante à l'article... du traité (ou de l'accord). » Il ne comporte pas de clauses finales, mais est signé comme le texte de base.

3°) Echange de lettres ou de notes

Un échange de lettres est une forme particulière d'accord, en principe réservée à des engagements dont le texte est assez court. Il répond également à des règles de présentation particulières. Un accord peut aussi être conclu sous forme d'échange de notes, lequel se caractérise par le style impersonnel et les formules de politesse traditionnelles.

IV. La signature

A. Compétence

En dehors du Président de la République, du Premier ministre et du ministre des affaires étrangères, tous les signataires d'un accord, quelle que soit sa dénomination, doivent être munis de pouvoirs. A la différence des accords, les arrangements administratifs peuvent être signés sans pouvoirs. Toutefois, lorsqu'un ambassadeur procède à leur signature au nom d'un ministre, il doit être muni de l'autorisation de celui-ci.

L'article 52 de la Constitution prévoit que le Président de la République négocie et ratifie les traités. Le texte constitutionnel ne prévoit pas qu'il les signe, mais ne l'exclut pas. En revanche, l'article 19 de la Constitution ne mentionne pas les actes prévus à l'article 52 parmi ceux qui sont dispensés du contreseing du Premier ministre et, le cas échéant, des ministres responsables. Ces contreseings apparaissent donc nécessaires.

B. Procédure

Lorsque le ministre principalement concerné n'est pas le ministre des affaires étrangères, il demande à ce dernier des pouvoirs. Ils sont établis par la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères, à la demande du service traitant de ce ministère.

Il est également d'usage de délivrer des pouvoirs pour la participation aux conférences diplomatiques destinées à élaborer un instrument international, lesquels permettent en général de « siéger, négocier et voter ».

V. L'autorisation de ratifier ou d'approuver

Le ministre des affaires étrangères est compétent pour mettre en oeuvre la procédure permettant à la France d'exprimer son consentement à être liée par l'instrument international, y compris lorsque celui-ci a été négocié par un autre ministre. Il détermine, à partir des dispositions qui ont été signées, s'il convient ou non de solliciter une autorisation parlementaire pour approuver l'accord, le ratifier ou y adhérer.

A. La demande d'autorisation parlementaire de ratification ou d'approbation

La Constitution prévoit que certains engagements internationaux sont soumis au Parlement avant leur ratification ou leur approbation. La liste en est donnée par l'article 53, qui dispose que *« les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'un loi »*.

Une fois l'accord signé, le ministre intéressé prend l'attache du ministre des affaires étrangères afin que celui-ci examine si cet accord relève ou non de l'article 53 de la Constitution. Il doit en être ainsi pour tous les accords, y compris pour ceux qui constituent des amendements ou des ajouts par rapport à un accord principal.

La direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères procède à l'analyse requise en fonction du contenu propre de chaque accord et en examinant chacune de ses clauses. Sauf pour les traités de paix et de commerce, les accords relatifs à l'état des personnes et ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, il n'est pas possible de définir *a priori* les accords dont l'objet les ferait entrer ou non dans les prévisions de l'article 53. Quelques indications peuvent néanmoins être fournies, notamment à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat.

Les accords de siège sont d'ordinaire soumis à autorisation législative, dans la mesure où ils contiennent des dispositions sur les privilèges et immunités.

Les accords édictant une obligation financière effective, précise, nouvelle et certaine sont considérés comme engageant les finances de l'Etat. Il en est ainsi lorsque cette contribution financière, qui peut prendre des formes variées (participation à un mécanisme de financement particulier, mise à disposition de personnels ou de biens...) constitue pour le gouvernement une obligation, dont l'inexécution serait considérée par les autres parties comme un manquement aux engagements internationaux de la France.

Dès lors que l'une au moins des stipulations d'un accord ressortit au domaine de la loi, tel qu'il est déterminé par l'article 34 de la Constitution, l'autorisation du Parlement pour sa ratification ou son approbation est nécessaire. Cette exigence s'applique même dans les cas où la législation en vigueur satisfait en l'état à toutes les obligations résultant du traité ou de l'accord en cause, sans qu'il soit besoin de la modifier ou de la compléter.

Lorsque la réponse à la question de savoir si l'accord relève de la procédure prévue par l'article 53 soulève une difficulté, il appartient au ministère des affaires étrangères de consulter le secrétariat général du Gouvernement.

B. La procédure de ratification ou d'approbation

Dans les cas où les dispositions de l'accord n'imposent pas que soit mise en oeuvre la procédure de l'article 53 de la Constitution, il appartient au ministre des affaires étrangères, après s'être assuré du consentement des ministres intéressés, de diligenter les procédures permettant à la France d'exprimer son consentement à être liée par les dispositions de l'accord.

Dans les cas où l'expression du consentement à être lié par l'accord nécessite la mise en oeuvre de la procédure de l'article 53, le dossier du projet de loi est constitué par le ministère des affaires étrangères avec le concours des autres administrations intéressées et adressé au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) aux fins de saisine du Conseil d'Etat. Il

signale, le cas échéant, la nécessité d'un prompt examen du texte.

Ce dossier doit impérativement comporter les pièces suivantes :

- le projet de loi ;
- un exposé des motifs ;
- une fiche d'impact juridique, qui précise l'état de droit existant, les effets de l'accord sur l'ordonnement juridique ainsi que les éventuelles modifications à apporter au droit existant ;
- la liste des services du ministère des affaires étrangères et des autres ministères intéressés par l'accord avec l'indication du nom et des coordonnées de l'agent appelé à représenter son administration aux réunions au Conseil d'Etat et en séance publique à l'Assemblée nationale et au Sénat ;
- les lettres des ministères intéressés exprimant leur adhésion à la poursuite de la procédure ;
- une note de la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères indiquant en quoi cet accord relève de l'article 53 de la Constitution ;
- lorsque l'accord est applicable dans les collectivités d'outre-mer, l'avis émis par les assemblées consultées ou au moins les lettres de saisine de ces assemblées ou, le cas échéant, une note faisant ressortir que la consultation desdites assemblées ne s'impose pas. Lorsque la saisine des assemblées s'impose, il convient de veiller à limiter l'usage de la procédure de consultation en urgence aux cas exceptionnels ;
- le texte de l'accord imprimé par le *Journal officiel* de la République française. Il incombe au ministère des affaires étrangères de veiller à la stricte conformité du texte imprimé à l'original de l'accord. Toute erreur constatée ultérieurement à l'engagement des procédures par le Gouvernement devant le Conseil d'Etat aurait pour effet de retarder l'examen auquel celui-ci doit procéder.

Lors de l'examen du projet de loi par le Conseil d'Etat, qui se fait habituellement en trois réunions successives (avec le rapporteur, en section, puis en assemblée générale sous réserve de la possibilité d'une dispense en application de l'article R.123-20 du code de justice administrative), les ministres intéressés doivent être représentés à chacune de ces réunions.

Lorsqu'une divergence apparaît entre l'avis rendu par le Conseil d'Etat et le projet présenté par le gouvernement, le secrétariat général du Gouvernement et le cabinet du Premier ministre procèdent, préalablement à l'inscription à l'ordre du jour d'un conseil des ministres, à l'examen de la question et peuvent convoquer une réunion interministérielle de relecture à cet effet.

La présentation du projet de loi, en partie A du conseil des ministres, est effectuée par le ministre des affaires étrangères.

Lors de l'examen du projet de loi par le Parlement, le ministère des affaires étrangères est chargé, en relation avec les administrations intéressées, de suivre les procédures liées à cet examen : réponse à un éventuel questionnaire d'information de la commission compétente, examen du projet de loi par cette commission, discussion en séance et vote.

VI. L'entrée en vigueur

L'entrée en vigueur d'un accord a lieu conformément aux stipulations de celui-ci.

A. Les accords bilatéraux

Les accords en forme simplifiée entrent en vigueur après remise à l'autre partie d'un instrument d'approbation ou, plus généralement, d'une notification de l'accomplissement des procédures exigées par le droit interne pour l'entrée en vigueur d'un tel accord. La clause finale habituellement retenue fixe l'entrée en vigueur au premier jour du deuxième mois suivant la remise du deuxième instrument d'approbation ou de la deuxième des notifications.

Les accords en forme solennelle entrent en vigueur après la remise des instruments de ratification. L'instrument de ratification est un acte signé par le Président de la République, par lequel celui-ci fait sien l'engagement souscrit en son nom, et contresigné par le Premier ministre et par le ministre des affaires étrangères.

L'entrée en vigueur dès la signature est réservée aux accords qui n'entrent pas dans le champ de l'article 53 de la Constitution et dont l'approbation ou la ratification ne nécessitent pas de recours à la procédure parlementaire. Même pour ce type d'actes, il est néanmoins préférable de prévoir un délai entre la signature et l'entrée en vigueur, afin de pouvoir préparer la publication de l'accord. La clause finale fixe alors l'entrée en vigueur au premier jour du deuxième mois suivant la signature. Dans ces cas, le ministre des affaires étrangères doit se montrer très vigilant lors de la délivrance des pouvoirs de signature et s'assurer que l'autorisation du Parlement n'a pas à être recherchée et que les ministres ont donné leur assentiment par lettres d'accord.

Les arrangements administratifs peuvent entrer en vigueur dès la signature, dans la mesure où, par définition, ils sont conclus dans le strict cadre de la législation en vigueur et des disponibilités budgétaires de leur signataire, ne relèvent que des attributions de celui-ci et ne nécessitent d'autre procédure interne que la consultation du ministre des affaires étrangères qui en apprécie l'opportunité politique et la qualité de la rédaction.

B. Les accords multilatéraux

Un accord multilatéral entre habituellement en vigueur à partir du dépôt d'un nombre déterminé d'instruments exprimant le consentement de ces Etats à être liés par l'engagement, ou passé un certain délai après ce dépôt. Cette entrée en vigueur, dite générale, n'a cependant d'effet que pour les Etats ayant procédé à ce dépôt. La possibilité d'une entrée en vigueur pour l'ensemble des Etats à partir du dépôt des instruments d'une partie seulement d'entre eux doit être réservée aux amendements à certaines conventions multilatérales. L'inscription d'une disposition en ce sens, dans la convention de base, ne doit être acceptée qu'avec la plus grande prudence et après consultation de la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères.

C. L'application provisoire

L'application provisoire peut être prévue par les dispositions finales pour des raisons liées à des circonstances particulières, mais elle doit rester exceptionnelle. Elle s'explique pour des raisons avant tout d'ordre pratique et peut aboutir à des situations juridiquement incertaines si l'entrée en vigueur tarde. Elle est à proscrire en toute hypothèse, d'une part, lorsque l'accord peut affecter les droits ou obligations des particuliers, d'autre part, lorsque son entrée en vigueur nécessite une autorisation du Parlement.

VII. Les réserves et déclarations interprétatives

Une réserve à un accord international est une déclaration unilatérale faite par un Etat lorsqu'il signe, ratifie ou approuve cet accord, par laquelle il vise, en ce qui le concerne, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions de cet accord.

Une réserve ne peut être formulée lorsque l'accord la prohibe expressément. Elle doit rester en outre compatible avec le droit des traités. Ainsi une réserve qui consisterait purement et simplement à écarter telle ou telle disposition touchant à l'objet principal du traité ne serait pas admissible.

Si la convention de Vienne autorise les Etats à formuler des réserves à un accord, c'est en effet à certaines conditions, dont la plus importante est que ces réserves ne soient pas incompatibles avec le but et l'objet de l'accord. Les autres Etats contractants peuvent faire objection à la réserve. L'objection a une portée en fait essentiellement politique, sauf si l'Etat qui l'émet décide en même temps que l'accord dans son ensemble ne s'appliquera pas dans ses rapports avec l'Etat auteur de la réserve.

Il convient, dans ces conditions, d'être particulièrement prudent avant de recourir à cette faculté : on ne saurait en effet préjuger la portée qu'attribueraient à une réserve (le cas échéant, contraire à l'objet et au but d'un accord) les organes internationaux éventuellement chargés de l'application de cet accord, ou les juridictions qui seraient saisies de la validité d'une telle réserve.

En conséquence, le texte de toute réserve projetée doit être soumis en temps utile à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères, afin que celle-ci en apprécie la validité et s'assure qu'elle est rédigée avec précision et concision. De façon générale, une réserve ne doit pas être considérée comme une manière de corriger des erreurs ou des oublis commis au cours de la négociation et ne doit être formulée que pour des raisons impératives.

Bien que la convention de Vienne n'en fasse pas mention, le droit des traités autorise les Etats à émettre des déclarations interprétatives. Il s'agit de déclarations unilatérales par lesquelles l'Etat précise la portée qu'il attribue à telle ou telle disposition de l'accord mais dont le texte, comme celui des réserves, ne doit pas être incompatible avec le but et l'objet de celui-ci. Elles doivent être soumises à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères.

Lorsque la nécessité de formuler des réserves ou des déclarations interprétatives a été établie, l'usage est d'y procéder au moment de la signature de l'accord mais elles peuvent être formulées ou modifiées jusqu'au moment de la ratification ou de l'approbation de cet accord. Elles sont ensuite confirmées lors de l'expression par la France de son consentement définitif.

La formulation de réserves relève de la seule compétence du pouvoir exécutif. Dans la pratique, le texte des réserves et des déclarations interprétatives dont a été assortie la signature d'un accord qui nécessite une approbation parlementaire est communiqué au Conseil d'Etat et au Parlement en même temps que le projet de loi autorisant la ratification ou l'approbation.

VIII. La publication

A. L'obligation de publication

La publication a pour objet :

- de rendre public le contenu de l'accord ;
- d'introduire l'accord dans l'ordre juridique national.

Sauf cas exceptionnels, tous les accords doivent faire l'objet d'une publication au Journal officiel de la République française, conformément aux dispositions du décret n° 53-192 du 14 mars 1953 relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France. Cette obligation doit être respectée strictement, notamment dans la mesure où de nombreux accords peuvent affecter des intérêts privés. En cas de non-publication, en effet, l'accord, s'il est d'effet direct, n'est pas opposable aux personnes et, d'une manière générale, n'est pas invocable dans l'ordre juridique interne.

Le décret n° 86-707 du 11 avril 1986 a rendu obligatoire la publication dans les mêmes formes de l'acte portant dénonciation par la France d'un accord publié conformément au décret de 1953.

B. L'initiative de la procédure de publication

Elle relève du ministère des affaires étrangères qui, après avoir constaté la date de l'entrée en vigueur pour la France de l'accord et vérifié qu'aucun des ministres intéressés ne s'oppose à sa publication, saisit le secrétariat général du Gouvernement (service législatif) du décret portant publication, aux fins d'accomplissement des procédures de signature et de publication de celui-ci.

C. Les délais de publication

Le ministre des affaires étrangères est chargé de veiller à ce que la publication de l'accord intervienne à une date aussi rapprochée que possible de la date d'entrée en vigueur et qu'en tout état de cause le délai n'excède pas un mois.

D. Le contenu de la publication

Le décret portant publication est accompagné du texte *in extenso* de l'accord et des réserves ou déclarations interprétatives formulées par la France au moment de la signature ou lors du dépôt des instruments de ratification. Il mentionne la date d'entrée en vigueur pour la France. Le décret du 11 avril 1986 déjà mentionné a rendu obligatoire la publication de l'acte portant retrait d'une réserve ou d'une déclaration interprétative publiée en application du même décret.

Lorsqu'un engagement modifie ou complète un engagement précédent dont la publication n'aurait pas été effectuée, il est nécessaire de publier celui-ci simultanément avec l'acte le modifiant ou le complétant.

Le décret portant publication est signé par le Président de la République, le Premier ministre et le ministre des affaires étrangères à l'exclusion de tout autre ministre. Toutefois, pour les conventions internationales du travail, le ministre chargé du travail est également appelé à signer ce décret. La publication est toujours faite sous le timbre du ministère des affaires étrangères.

*
* *

Pour des indications plus complètes, on pourra se reporter à la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997 et à ses annexes (JO du 31 mai 1997)

FICHE 4.1.2

Procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes

La procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes est régie par la circulaire du Premier ministre du 27 septembre 2004 (JO n° 230 du 2 octobre 2004 p 16920) dont ne sont reproduits ci-après que les développements relatifs aux études d'impact et au suivi des travaux de transposition.

La participation active des fonctionnaires et agents qui ont participé à la négociation des actes à transposer est une condition indispensable pour une transposition complète et cohérente de ces actes.

Les questions touchant à la rédaction des textes de transposition sont traitées dans la *fiche 4.1.3*.

I. Mesure de l'effet des projets d'actes

Chaque ministère assume, dans son domaine propre, la responsabilité de la préparation de la transposition du droit européen en droit interne. Cette responsabilité commence en amont de l'adoption des directives par le Conseil. Les effets sur le droit interne des dispositions envisagées et les contraintes ou difficultés qui pourront en résulter doivent en effet être mesurés et pris en compte dès le stade de l'élaboration et de la négociation des actes des institutions européennes.

L'identification de ces contraintes pourra en particulier nourrir les positions exprimées auprès de la Commission européenne dans la phase de consultation préalable des propositions d'actes (consultations sur les livres blancs ou livres verts par exemple). Une vigilance particulière mérite d'être accordée à ce stade au choix de l'instrument juridique soumis à la négociation. Il est de peu d'intérêt de faire le choix d'une directive lorsque sont négociées des règles qui ne laisseront aux Etats membres aucune marge de manoeuvre dans leur mise en oeuvre : dans la mesure du possible, la forme du règlement devrait en ce cas être privilégiée.

A. Règles générales

L'activité normative de l'Union doit être gouvernée par les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Il convient d'examiner chaque proposition de directive ou de décision-cadre à la lumière de ces principes, qui conduisent à écarter de leur champ les questions qui peuvent être réglées au niveau national par chaque Etat membre.

Il faut également faire en sorte, au cours de la négociation, que soit fixée dans l'acte adopté par les institutions européennes une échéance de transposition compatible avec les difficultés d'ordre interne à surmonter pour la complète application de l'acte négocié, telles qu'elles ont pu être identifiées à ce stade. La demande de mise en oeuvre progressive d'un acte peut être un moyen de surmonter ces difficultés, dès lors que les délais ainsi obtenus sont effectivement mis à profit pour appliquer la stratégie initialement définie pour la transposition de l'acte.

B. Fiche d'impact simplifiée et étude d'impact

1°) Fiche d'impact

Tout projet d'acte des institutions européennes doit donner lieu à une analyse préalable de ses impacts juridiques, budgétaires, techniques ou administratifs, y compris, le cas échéant, pour les collectivités territoriales, ainsi que de ses conséquences sur le secteur d'activité intéressé.

A cet effet, le ministère chef de file doit fournir, sur l'invitation du SGAE et dans les trois semaines suivant la transmission aux assemblées d'une proposition d'acte européen dans le cadre de la procédure de l'article 88-4 de la Constitution, une fiche d'impact juridique simplifiée relative à cet acte. Cette fiche dresse la liste des textes de droit interne dont l'élaboration ou la modification seront nécessaires en cas d'adoption de la directive ou de la décision-cadre. Elle indique quelles sont les difficultés de transposition déjà identifiées.

Il peut s'agir, en particulier :

- d'interrogations sur le choix du niveau de texte adéquat dans la hiérarchie des normes internes au vu, en particulier, de la position adoptée par le Conseil d'Etat dans le cadre de la procédure instituée par la circulaire du 13 décembre 1999 relative à l'application de l'article 88-4 de la Constitution ;

- de difficultés d'interprétation ou de risques d'incohérence au regard des dispositions de droit interne liées à une insuffisante qualité rédactionnelle du texte communautaire.

Cette fiche est accompagnée d'une première évaluation portant sur les impacts autres que juridiques de l'acte, ainsi que d'un avis sur le principe du texte.

2°) Etude d'impact

L'analyse ainsi faite permet d'éclairer la négociation dès le stade initial. Première étape de l'étude d'impact, elle est ensuite enrichie et adaptée lorsque des modifications notables sont apportées à la proposition du fait de la position commune adoptée au Conseil ou à la suite d'amendements proposés par le Parlement européen.

Sans verser dans un formalisme excessif et avec le degré de précision autorisée par l'état de la négociation, l'étude d'impact doit :

- d'une part, comporter un tableau de concordance, article par article, entre l'acte en cours de négociation et les dispositions de droit interne appelées à faire l'objet de modifications lors de la transposition ;

- d'autre part, permettre de mesurer les impacts techniques, budgétaires et administratifs de l'acte en cours de négociation. Les positions prises dans la négociation doivent tenir compte de ces différents éléments.

L'étude d'impact dresse également la liste des organismes dont la consultation constitue un préalable nécessaire à la transposition en droit interne des directives et des décisions-cadres. Dès le stade de la négociation, il est utile que soient consultés les différents acteurs du secteur intéressé, y compris, le cas échéant, les organismes qui seront obligatoirement consultés au stade de l'élaboration des mesures nationales d'exécution. Dès ce stade aussi, une attention particulière devra être prêtée à l'association des collectivités territoriales lorsque la proposition d'acte négociée affecte leurs domaines de compétences.

3°) Saisine pour avis du Conseil d'Etat

S'il apparaît, dès la présentation du projet d'acte ou au cours de sa négociation, que l'insertion dans le droit interne du texte examiné par le Conseil de l'Union européenne est susceptible de soulever des problèmes juridiques délicats, le Conseil d'Etat peut être saisi sans attendre d'une demande d'avis, selon les modalités prévues par la circulaire du 30 janvier 2003 (voir fiche 2.1.2 Les consultations préalables).

II. Suivi des travaux de transposition

A. Echancier de transposition

Dès que la directive ou la décision-cadre a été publiée, son texte est transmis par le SGAE au ministère désigné en qualité de chef de file, aux autres ministères intéressés et au secrétariat général du Gouvernement. Dans un délai fixé par le SGAE et qui ne saurait excéder trois mois suivant cette transmission, chacun des ministères participant à la transposition adresse au SGAE un échéancier d'adoption des textes relevant de ses attributions, accompagné, pour chacun de ces textes, d'un avant-projet de rédaction et d'un tableau de concordance définitif permettant d'identifier clairement les dispositions transposées.

Les délais requis pour l'élaboration des textes doivent être déterminés avec réalisme. Il convient, en particulier, de prendre toutes mesures pour concilier les procédures de consultation applicables à certains textes, par exemple la consultation d'instances représentant les professions, avec le respect des délais de transposition.

C'est à ce stade qu'il convient également d'identifier les difficultés qui subsisteraient dans l'interprétation du texte communautaire. En cas de difficulté sérieuse, le SGAE et, le cas échéant, la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères sont saisis sans attendre.

B. Réunions interministérielles de suivi de la transposition

Ces réunions, convoquées par le SGAE à échéances régulières, permettent de vérifier le respect des échéanciers indicatifs fixés à la suite de l'adoption de la directive ou de la décision-cadre. Dans le cas particulier où la directive comporte des dispositions prévoyant que certaines des questions relevant de son champ d'application feront l'objet d'un nouvel examen à une échéance prédéterminée (clause dite « de rendez-vous »), le SGAE veille à ce que le délai ainsi accordé soit employé à préparer la position de la France dans les discussions à venir.

Il incombe au SGAE de tenir à jour, en liaison avec les ministères intéressés, le tableau général de transposition des directives et des décisions-cadres. Une synthèse de ce tableau par ministère est transmise semestriellement au secrétariat général du Gouvernement, aux fins d'examen dans le cadre de la programmation du travail gouvernemental, et portée à la connaissance des membres du cabinet du Premier ministre pour les matières relevant de leur secteur, ainsi que du directeur du cabinet des ministres et secrétaires d'Etat intéressés.

Afin de résoudre les difficultés identifiées dans le cadre du suivi interministériel de la transposition opéré sous l'autorité du SGAE, un groupe à haut niveau de l'adaptation au droit communautaire se réunit à un rythme trimestriel sous l'autorité conjointe du secrétaire général du Gouvernement et du secrétaire général du SGAE, en liaison avec les ministères chargés des relations avec le Parlement et des affaires européennes et en présence des correspondants de la transposition. Les difficultés qui subsisteraient à ce stade sont soumises à l'arbitrage du Premier ministre dans les meilleurs délais.

FICHE 4.1.3

REGLES DE REDACTION PROPRES AUX TEXTES DE TRANSPOSITION D'ACTES COMMUNAUTAIRES

La présentation et la rédaction des lois, ordonnances, décrets ou arrêtés assurant la transposition d'une directive communautaire obéissent aux mêmes règles que celles qui valent pour tout texte normatif. Toutefois, les précisions suivantes peuvent être apportées.

I. Mention de la ou des directives transposées dans le texte de transposition

Il est utile et même nécessaire que le texte de transposition comporte la mention de la ou des directives qu'il a pour objet de transposer. Au demeurant, les directives communautaires l'imposent généralement en indiquant in fine, après avoir fixé le délai de transposition imparti aux Etats membres, que *« lorsque les Etats membres adoptent ces dispositions [de transposition], celles-ci contiennent une référence à la présente directive lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les Etats membres. »*

Pour autant on évitera d'inclure dans l'intitulé du texte de transposition celui de la directive transposée (ou des directives transposées), a fortiori si cet intitulé est long ou si la directive en cause a fait l'objet de modifications. Il est préférable de définir l'objet du texte de transposition en fonction de son contenu.

Ainsi, s'agissant des ordonnances, décrets et arrêtés, la mention de la ou des directives transposées dans les visas suffira (voir *fiche 3.1.5*). Pour les projets de loi, cette indication figurera nécessairement dans l'exposé des motifs ; par ailleurs, lors de la publication de la loi au Journal officiel, une mention de la ou des directives transposées sera introduite par la direction des journaux officiels en bas de page avant les indications relatives aux travaux parlementaires.

II. Fidélité et exhaustivité de la transposition

C'est l'essentiel, la transposition doit être fidèle et complète par rapport au texte de la directive éclairé par ses considérants ; elle doit tenir compte le cas échéant des positions prises par la Cour de justice des Communautés européennes à l'occasion de contentieux liés à l'application de la directive en cause (dans l'hypothèse où la transposition intervient avec retard...) ou de l'application de directives antérieures ou similaires.

Sinon, la France se trouve exposée à une action en manquement devant la Cour de justice des communautés européennes. Dans l'ordre interne, en outre, le juge administratif peut être conduit à sanctionner un défaut de transposition de deux manières :

- par une censure directe du texte de transposition en tant qu'il est infidèle ou incomplet ; ainsi, par une décision du 28 mars 2003, Fédération française des courtiers d'assurance et réassurance, le Conseil d'Etat a annulé le code des marchés publics en tant que ses articles relatifs aux appels d'offres ne fixent pas de modèle d'avis d'appel à la concurrence, méconnaissant ainsi les objectifs des directives communautaires ;

- par la censure de procédures ou actes conformes au droit interne mais ne répondant pas aux objectifs fixés par des dispositions non transposées de directives ; ainsi, en 2001, la même absence de modèle d'avis d'appel à la concurrence traduisant les prescriptions communautaires

dans le droit national a conduit le Conseil d'Etat à annuler la procédure de passation d'un appel d'offres, dont la publicité n'avait pas été assurée par le pouvoir adjudicateur conformément aux objectifs des directives « marchés publics » (Conseil d'Etat, 27 juillet 2001, Compagnie générale des eaux).

Si la transposition doit être complète, elle ne doit pas pour autant conduire à superposer des dispositions nouvelles au droit existant lorsqu'une simple adaptation de ce dernier aurait suffi ; dans certains cas, le droit national assure même par avance la transposition de la directive et n'a par suite besoin d'aucun complément. En toute hypothèse, on veillera à la cohérence et à la bonne articulation des dispositions prises pour la transposition avec celles du droit existant.

Par ailleurs, la transposition doit être opérée dans le respect de la hiérarchie des normes (voir *fiche 1.3.1*) et de la répartition des matières entre loi et règlement (voir *fiche 1.3.2*). La transposition d'une même directive peut ainsi être opérée pour partie par la loi et pour partie par la voie réglementaire (décret voire arrêté).

Pour s'assurer du caractère complet et fidèle de la transposition et de sa bonne articulation avec les textes existants, les rédacteurs d'un texte de transposition prépareront un tableau mettant en regard les dispositions de la directive et celles du projet, avec le cas échéant la mention des dispositions de droit interne existantes qui rendent inutile la transposition de telle ou telle partie de la directive et l'indication des éléments de la transposition renvoyés à des textes de niveau inférieur. Suivant les termes de la circulaire du 27 septembre 2004 du Premier ministre relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes, un tel tableau doit être le fruit de travaux d'analyse à engager dès le stade de la négociation des actes européens. Il sera joint au dossier lors des travaux interministériels, pour répondre notamment à la demande du SGAE conformément à la circulaire précitée, et des consultations préalables, en particulier celle du Conseil d'Etat dans le cas d'un projet de loi, d'un projet d'ordonnance ou d'un projet de décret en Conseil d'Etat. Un modèle de tableau figure en annexe à la présente fiche.

III. Difficultés d'interprétation

Lorsqu'une directive comporte des dispositions difficiles à interpréter, malgré les indications fournies par ses considérants, il convient d'en clarifier le sens et la portée avant d'engager la rédaction du texte de transposition. Pour cela, les rédacteurs se rapprocheront des fonctionnaires ayant participé à la préparation et à la négociation de la directive, s'ils n'y ont pas participé eux-mêmes, ou consulteront le SGAE, aux fins, le cas échéant, de consultation de la Commission européenne. Le cas échéant, des informations seront recueillies sur la façon dont d'autres Etats membres ont déjà transposé les dispositions en cause.

IV. Particularités de la rédaction

Comment traduire en droit français les notions et termes juridiques utilisés par la directive que l'on transpose ? Il convient à cet égard, dans l'opération de transposition, de distinguer clairement ce qui relève du droit de ce qui relève de la langue.

Si l'acte à transposer fait appel à des notions partiellement ou totalement étrangères au droit interne, ou à des termes employés dans un sens différent de celui que l'on connaît, il pourra s'avérer nécessaire, contrairement aux habitudes du droit français, d'introduire dans le texte de transposition la définition des notions utilisées ou des termes employés, en reprenant celle qui figure dans la directive transposée, de façon à garantir que les mots ont le sens et la portée que le législateur communautaire a entendu leur donner. Ceci est particulièrement vrai dans le cas où la directive met en place un dispositif « transfrontières » applicable aux entreprises, dont la mise en

oeuvre doit être assurée de manière homogène par les autorités des différents Etats membres. C'est ainsi, par exemple, que les notions utiles à la surveillance spéciale à laquelle sont soumis les groupes d'entreprises d'assurance en vue de vérifier leur solvabilité sont précisément définies à l'article L. 334-2 du code des assurances, qui reprend sur ce point les termes mêmes des directives.

Si tel n'est pas le cas, l'opération de transposition consistera à écrire dans la langue claire et intelligible qui doit être celle du droit français (voir *fiches 3.3.1 et 3.3.2*) les règles mettant en œuvre les objectifs et principes fixés par l'acte à transposer ou les règles définies par cet acte lui-même. Est ainsi déconseillée la méthode consistant à introduire des définitions pour des termes qui n'ont, par eux-mêmes, aucune portée juridique ou signification particulière ou à recopier purement et simplement des expressions ou des phrases dont la rédaction peut être améliorée sans risque de méconnaître l'acte à transposer.

Lorsque l'on introduit des définitions dans un texte pour assurer la transposition d'une directive, et en particulier si ce texte est un code, il convient de s'interroger sur les effets que ces définitions risquent d'avoir sur l'interprétation ou l'application de dispositions autres que celles dans lesquelles elles s'insèrent. Le cas échéant, on limitera leur portée en les faisant précéder de formules telles que « *Pour l'application du présent chapitre, ...* » ou « *Au sens des dispositions du présent chapitre, ...* ».

V. Transposition par ordonnance

Enfin, il doit être souligné que lorsque la transposition est opérée par une ordonnance de l'article 38 de la Constitution, l'exercice se trouve encadré par les termes de l'habilitation, ce qui a pour conséquence de restreindre les possibilités d'adaptations ou de modifications corrélatives du droit interne existant.

Par exemple, une habilitation à transposer une directive et à prendre les mesures d'adaptation liées à cette transposition ne permet pas, sauf mention expresse, de faire entrer dans le champ du dispositif que l'on institue les pays de l'Espace économique européen non membres de la Communauté, ni de mettre en œuvre en droit interne des exigences découlant directement d'articles du Traité instituant la Communauté européenne tels qu'interprétés par le Cour de justice des Communautés européennes.

TABLEAU DE TRANSPOSITION D'UNE DIRECTIVE
COMMUNAUTAIRE

Dispositions de la directive à transposer	Normes de droit interne existantes portant déjà transposition de certaines dispositions de la directive	Nature juridique des nouvelles normes à adopter pour assurer l'entière transposition de la directive	Dispositions proposées	Observations (le cas échéant)

FICHE 4.2.1

MESURES INDIVIDUELLES REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES DIFFERENTES AUTORITES ET REGLES GENERALES

Il est précisé, à titre liminaire, que la notion d'« emploi » au sens de l'article 13 de la Constitution et de l'ordonnance du 28 novembre 1958 prise pour son application est plus large que celle d'« emploi budgétaire » telle qu'elle résulte de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 ou que celle d'« emploi permanent » au sens du statut général de la fonction publique ; elle inclut notamment les emplois de direction des établissements et entreprises publics (président du conseil d'administration ou de l'organe délibérant en tenant lieu, directeur général ou responsable, quel que soit son titre, exerçant les fonctions de direction générale, membre du directoire le cas échéant).

I. Mesures individuelles relevant de la compétence du Président de la République

A. Nominations

1°) Compétence du Président de la République

Le Président de la République signe toute mesure portant nomination dans les emplois civils et militaires en application de l'article 13 de la Constitution.

Cette compétence ne peut pas être déléguée en ce qui concerne, d'une part les emplois pourvus en conseil des ministres en application de l'article 13 (2^{ème} alinéa) de la Constitution et de l'ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 modifiée et, d'autre part, les emplois énumérés à l'article 2 de cette ordonnance (membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes, magistrats de l'ordre judiciaire, professeurs de l'enseignement supérieur, officiers des armées de terre, de mer et de l'air ainsi que, à leur entrée dans leur corps respectifs, les membres des corps dont le recrutement est normalement assuré par la voie de l'ENA, les membres du corps préfectoral et les ingénieurs des corps techniques dont le recrutement est en partie assuré par l'Ecole Polytechnique)

L'usage veut en outre que le Président de la République soit compétent, par principe, pour signer les décrets nommant ou promouvant les personnes dans l'ordre de la Légion d'honneur et l'Ordre national du mérite, ainsi que les décrets décernant la Médaille militaire. Les nominations et promotions aux plus importantes dignités de ces ordres sont subordonnées à une délibération en conseil des ministres.

2°) Nominations en conseil des ministres.

En vertu de l'art. 13 de la Constitution, sont nommés en conseil des ministres les conseillers d'Etat, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants du gouvernement dans les territoires d'outre-mer, les officiers généraux, les recteurs des académies et les directeurs des administrations centrales.

En application de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958, il est également pourvu en conseil des ministres :

- aux emplois de procureur général près la Cour de cassation, de procureur général près la Cour des comptes, de procureur général près une Cour d'appel ;

- aux emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales quand leur importance justifie l'inscription sur une liste dressée par décret en conseil des ministres (voir sur ce point le décret n° 59-587 du 29 avril 1959, modifié à de nombreuses reprises, notamment par le décret n° 85-834 du 6 août 1985 ; toutefois ce décret n'a pas été mis à jour depuis 1995). A défaut d'une telle inscription, la nomination dans ces emplois est prononcée par le Président de la République dans les conditions du droit commun.

Des dispositions législatives ou réglementaires particulières ont, en dehors des cas énumérés au point précédent, prévu la délibération en conseil des ministres de certaines nominations.

Ces dispositions ne sont pas conformes à l'ordre constitutionnel des compétences, en tout cas pour celles d'entre elles postérieures à l'ordonnance du 28 novembre 1958 (décision du Conseil constitutionnel n°86-217 DC du 18 septembre 1986). Toutefois, dès lors qu'elles n'ont pas été modifiées ou censurées par le juge, il convient de les appliquer.

Il est d'usage, bien qu'aucun texte ne le prévoit explicitement, de pourvoir en conseil des ministres aux emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du Gouvernement (décret n°85-779 du 24 juillet 1985).

Sont également soumises au conseil des ministres, en vertu de l'usage, les nominations et promotions à titre exceptionnel dans l'ordre de la Légion d'honneur, les élévations aux dignités de grand officier et de grand croix dans l'ordre de la Légion d'honneur et dans l'ordre national du Mérite, ainsi que les promotions au grade de commandeur dans l'ordre de la Légion d'honneur.

B. Autres mesures individuelles

Conformément aux dispositions du décret n° 79-156 du 27 février 1979, le Président de la République prononce :

- par décret non délibéré en conseil des ministres, la mise à la retraite des fonctionnaires civils nommés par décret en conseil des ministres et frappés par la limite d'âge ;

- par décret délibéré en conseil des ministres, la mise à la retraite, à la demande des intéressés, des fonctionnaires civils nommés par décret en conseil des ministres.

II. Mesures individuelles prises par le Premier ministre

L'article 21 de la Constitution dispose que le Premier ministre nomme aux emplois civils et militaires, sous réserve des dispositions de l'article 13 de la Constitution. Cet article 13 renvoie lui-même à une loi organique le soin de définir « les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du Président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom ».

L'article 3 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 prise pour l'application de ces dispositions prévoit que « *le pouvoir de nomination du Premier ministre ne s'exerce qu'en vertu des délégations expressément consenties par décret du Président de la République* ».

Par voie de conséquence, faute de délégation, le pouvoir de nomination ne peut être exercé que par le Président de la République, quelle que soit la pratique suivie antérieurement, dès lors

que l'emploi relève de la catégorie des « emplois civils et militaires », au sens de l'article 13 de la Constitution et de l'ordonnance organique prise pour son application (cf. supra). Cette dernière qualification ne s'applique pas, notamment, aux fonctions de simple membre de conseil d'administration (sur les établissements et entreprises publics, cf. *fiche 4.2.4*) ou à la qualité de membre de la plupart des commissions administratives, sauf à ce que les fonctions exercées dans de telles commissions soient l'équivalent d'un emploi.

La délégation par le Président de la République de son pouvoir de nomination en application de l'article 3 de l'ordonnance du 28 novembre 1958 doit prendre la forme d'un décret en conseil des ministres. De telles délégations sont rares ; on peut toutefois citer le décret n°92-36 du 9 janvier 1992 relatif aux nominations de conservateurs généraux des bibliothèques et s'agissant des directeurs et présidents des instituts régionaux d'administration, le décret n°2000-1031 du 18 octobre 2000.

III. Mesures individuelles prises par les ministres

A. Nominations

L'article 4 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 permet l'exercice par les ministres, ainsi que par les autorités qui leur sont subordonnées, du pouvoir de nomination confié aux premiers par des textes particuliers, pris notamment en vue d'une simplification ou d'une déconcentration administrative. Ces textes sont ceux compétemment pris pour fixer le statut de l'organisme ou du corps de fonctionnaires. Ils n'ont pas à être signés par le Président de la République du seul fait de la délégation qu'ils comportent.

Le pouvoir réglementaire a fait un fréquent usage de la faculté qui lui était ainsi offerte, en particulier lors de l'adoption de textes portant statut général ou particulier de certains corps. De nombreux fonctionnaires sont ainsi nommés par le ministre dont ils relèvent hiérarchiquement. C'est également sur le fondement de l'article 4 susmentionné qu'a été pris le décret n° 2000-449 du 23 mai 2000, permettant aux ministres de nommer par arrêté les « directeurs de projets ».

B. Autres mesures individuelles

Conformément aux dispositions du décret n° 79-156 du 27 février 1979, un ministre peut prononcer, dans deux hypothèses, la mise à la retraite d'un fonctionnaire civil atteint par la limite d'âge ou ayant demandé à faire valoir ses droits à la retraite :

- lorsque l'agent a été nommé par un décret non délibéré en conseil des ministres, la décision incombant alors au ministre dont relève le corps d'appartenance du fonctionnaire ;
- lorsque l'agent a été nommé par arrêté interministériel, auquel cas il est mis à la retraite par arrêté du ministre sous l'autorité hiérarchique duquel il exerçait ses fonctions.

IV. Règles générales applicables aux mesures individuelles

A. Date d'effet

On ne procédera pas à une nomination comportant une date d'effet postérieure à la date de signature de l'acte qui la prononce : le caractère anticipé d'une nomination est en effet susceptible d'entacher cette nomination d'une incompétence « ratione temporis » (CE 20 mai 1988, Syndicat national des centres hospitaliers FO, p. 198). En pratique, seul un délai de quelques jours courant à compter de la signature de l'acte semble acceptable.

On se gardera également des nominations rétroactives : elles sont, dans cette mesure, illégales et n'ont pas, en outre, pour effet de valider les décisions éventuellement prises par la personne nommée pendant la période couverte par la rétroactivité de la nomination.

B. Echéance et caducité

Il est préférable, pour éviter toute erreur ou tout risque d'illégalité, de ne mentionner dans les actes de nomination aucune date d'échéance non plus qu'aucune durée du mandat ou des fonctions ; c'est la réglementation applicable à la fonction qui régit sa durée.

Une mesure de nomination ne saurait légalement prévoir, dans le silence de la réglementation, que la personne ainsi nommée ne l'est que pour la durée de mandat qui restait à accomplir par la personne à laquelle l'intéressée succède.

La réorganisation totale ou partielle de l'administration centrale d'un ministère, dès lors qu'elle conduit à une modification substantielle des attributions respectives de certaines directions, emporte nécessairement la cessation des fonctions des directeurs chargés de celles-ci. Il convient alors de procéder à de nouvelles nominations prenant en compte l'organisation nouvelle du ministère. Une simple modification de la dénomination d'une direction d'administration centrale n'entre pas dans ce cas de figure.

C. Fins de fonctions

Lorsque, comme c'est généralement le cas des nominations, un acte individuel a créé des droits au profit de son destinataire ou de tiers, il n'est possible d'y mettre fin pour l'avenir, avant le terme éventuellement fixé à cet acte par une mesure à caractère général (cf. supra), que par acte individuel contraire.

La décision de fin de fonctions doit être prise selon les formes applicables à la décision individuelle de nomination, sauf si la loi ou le règlement en dispose autrement. La réglementation et la jurisprudence subordonnent d'ailleurs fréquemment la légalité de la décision d'abrogation au respect d'une procédure contradictoire ou à la justification de ses motifs. Lorsque la nomination dans un emploi est subordonnée à une proposition ou à un avis, il n'en va de même de la révocation que si une disposition expresse le prévoit (CE, 14 janvier 1986 Rochaix)

D. Retrait

On sait qu'une décision légale qui a créé des droits ne peut faire l'objet d'un retrait, sauf si c'est à la demande du bénéficiaire.

Quant au retrait d'une décision illégale, il n'est possible que dans les quatre mois suivant sa signature, dès lors que cette décision est expresse (CE, Ass., 26 octobre 2001, Ternon).

Lorsqu'une décision résulte du silence gardé par l'administration pendant un certain délai, les conditions du retrait sont fixées par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000.

E. Interim

La jurisprudence permet, par principe, à l'autorité investie du pouvoir de nomination de s'affranchir des règles de compétence, de forme et de fond encadrant l'accès normal à une fonction, lorsqu'elle se borne à désigner un intérimaire — c'est à dire une personne appelée à assurer, de manière temporaire, la charge de fonctions dont le titulaire sera prochainement nommé.

Pour autant, il est d'usage, lorsqu'il s'agit d'assurer l'intérim du directeur d'une administration centrale, de procéder à la désignation de l'intérimaire dans les mêmes formes que pour la nomination, c'est-à-dire par décret pris en conseil des ministres. En pratique, cet intérim est fréquemment assuré par un autre directeur de l'administration centrale du même ministère.

FICHE 4.2.2
MESURES INDIVIDUELLES
(contenu et présentation)

I. Contenu

En général, l'intitulé des arrêtés ou décrets ne fait pas apparaître le cas particulier qui est traité. Lorsqu'elle s'avère souhaitable, la précision est donnée entre parenthèses, à la suite de l'intitulé général :

Arrêté du ...portant inscription à un tableau d'avancement (administration centrale)
Arrêté du ...portant affectation (expansion économique à l'étranger)
Arrêté du ...relatif à des situations administratives (administrateurs civils)
Arrêté du ...portant admission à la retraite (police nationale)
Décret du...portant modification des circonscriptions administratives territoriales (communes de X et de Y, département de Z);

Toutefois, conformément à la circulaire n°5121/SG du 16 décembre 2005 du secrétaire général du Gouvernement, les décrets de nomination (et de fin de fonctions) doivent faire apparaître de la manière suivante le nom de la personne nommée et l'intitulé exact de ses fonctions :

« décret duportant nomination du préfet de [indication de département]- M. Nom (Prénom) ».

Ce mode de rédaction, appliqué à compter du 3 janvier 2006, n'est pas applicable :

- aux décrets de nomination collectifs ;
- aux décrets procédant à des actes de gestion (placement en position de détachement, de disponibilité ou hors cadre)

II. Signature et publication

A. Numéro NOR

Tous les textes destinés à être publiés au Journal officiel sont préalablement adressés au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) et affectés d'un numéro NOR (Voir *fiche 2.1.4 Publication au Journal officiel*). Il en va de même pour les textes non publiés adressés au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) aux fins de recueil de la signature du Premier ministre et, le cas échéant, de celle du Président de la République.

B. Bordereau d'envoi

Les textes sont adressés au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) sous bordereau récapitulatif des pièces, revêtus des signatures nécessaires, à l'exception de celles, s'il y a lieu, du Président de la République et du Premier ministre. Pour les décrets et les arrêtés soumis à la signature du Premier ministre, le bordereau doit être conforme au document type figurant en annexe .

Chaque texte porte le timbre du ministère sous la rubrique duquel il doit être publié au Journal officiel. Il est précédé du titre qui doit paraître au Journal officiel.

C. Règles particulières aux décrets

Il convient d'adresser au secrétariat général du Gouvernement (service législatif) :

- *l'original contresigné des ministres et secrétaires d'État intéressés accompagné de 3 copies si le texte doit être publié in extenso ou, si le texte est publié par extrait (à l'exception des mesures délibérées en conseil des ministres, les mesures nominatives sont publiées par extrait), de deux exemplaires de l'extrait dont l'insertion au Journal officiel est demandée et, en ce qui concerne les décrets (et les arrêtés soumis à la signature du Premier ministre), autant de copies que de ministres contresignataires (pour ampliation);*
 - *le rapport au Président de la République ou au Premier ministre ;*
 - *la notice biographique de la personne ou des personnes qu'il s'agit de nommer ;*
 - *si la nomination est prononcée sur proposition ou après avis, cette proposition ou cet avis ;*
 - *les pièces annexes, lorsque de telles pièces sont mentionnées dans le corps du décret (notamment les tableaux) ;*

D. Règles particulières aux arrêtés

Lorsque l'arrêté est soumis à la signature du Premier ministre, une note de présentation est jointe à l'envoi.

Doivent être revêtus d'une date, lors de leur envoi pour publication au secrétariat général du Gouvernement (service législatif), les arrêtés (à l'exception de ceux signés du Premier ministre qui le seront par les soins du secrétariat général du Gouvernement) et les décisions. A défaut de date figurant sur le texte, la date retenue sera celle du bordereau d'envoi.

Il convient de rappeler que la date des arrêtés interministériels ne saurait être antérieure à celle du recueil de la dernière signature. Il appartient au ministère auteur du texte de s'assurer, à cette date, que la situation de chacun des signataires n'a pas connu d'évolution pendant la période, parfois longue, de recueil des contreseings.

Les textes soumis à la signature du Président de la République ou du Premier ministre ne sont pas datés ; ils seront datés par les soins du secrétariat général du Gouvernement ;

La signature du Premier ministre et, le cas échéant, du Président de la République se situe au-dessus des mentions " Par le Premier ministre " ou " Par le Président de la République ". En conséquence, il faut ménager un espace d'une hauteur de 5 centimètres au moins pour permettre au Premier ministre et, le cas échéant, au Président de la République d'apposer leur signature.

ANNEXE

BORDEREAU D'ENVOI
 (un texte seulement par bordereau)

MINISTÈRE Direction	DESTINATAIRE SECRETARIAT GENERAL DU GOUVERNEMENT Service législatif 57, rue de Varenne 75700 PARIS
--	---

le : _____

Nom et coordonnées
 du fonctionnaire responsable du dossier :
 Remplaçant éventuel :

(cocher les cases correspondantes)

<u>TITRE DU TEXTE :</u> <u>NOR :</u>	<u>SIGNATURES</u> ☐ Président de la République ☐ Premier ministre
<u>PROCÉDURE</u> ☐ Consultation du Conseil d'État ☐ Texte conforme à l'avis du Conseil d'État ☐ Texte non conforme à l'avis du Conseil d'État (dans ce cas, joindre une note) ☐ Article 37 de la Constitution ☐ Contreseing simultané ☐ Ce texte a déjà été adressé au SGG le : _____ ☐ Réunion d'arbitrage à Matignon : - tenue le : _____ - présidée par : _____	<u>JOURNAL OFFICIEL</u> ☐ À publier ☐ Faire des épreuves ☐ À ne pas publier ☐ Publier simultanément avec : • Décret • Arrêtés • Circulaires (dans ces 3 derniers cas, joindre une fiche explicative) ☐ Mention à compléter par le SGG (joindre une fiche) ☐ Date J.O. souhaitée : _____ ☐ Urgence de la publication (joindre une note explicative)
<u>PIÈCES TRANSMISES</u> ☐ Rapport de présentation et 2 copies ☐ Avis du Conseil d'État ☐ Note du Conseil d'État ☐ Note sur les divergences avec l'avis du Conseil d'État ☐ Compte-rendu de la réunion d'arbitrage à Matignon ☐ Extrait pour publication ☐ Original du texte et 4 copies ☐ Autres pièces : _____	<u>Timbre de publication</u> <u>NOM et qualité du signataire du présent bordereau</u>
<u>OBSERVATIONS :</u> 	

PARTIE RÉSERVÉE AU SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT

(ne rien inscrire dans ce cadre)

Communiquer à : _____ ☐ avec observations - Pièce(s) particulière(s) à joindre : Retour à : _____ _____ - Motif : _____ Réclamer à : _____ _____ Signature : _____ - Joindre Modifier/compléter/les visas/le texte - (voir le texte) Copie pour information/transmettre/attribution : _____ _____	Non publié J.O. le : _____ _____ Épreuve pour le : _____ _____ Publier avec : _____ _____ Avant J.O. Prévenir/demander/vérifier Différer (à la demande de : _____) En reparler le : _____ _____ Voir avec : _____ _____
<u>OBSERVATIONS :</u> _____	

FICHE 4.2.3

MESURES INDIVIDUELLES NOMINATION DES MEMBRES DES CABINETS MINISTERIELS (règles de fond et de procédure)

1. Les nominations dans un cabinet ministériel ne sont en principe soumises à aucune condition.

Toutefois :

- Les fonctionnaires des corps recrutés par la voie de l'ENA et les administrateurs des postes et télécommunications ne peuvent être nommés dans un cabinet ministériel s'ils ne justifient de quatre années de services effectifs dans leur corps à compter de leur titularisation. Des dispositions analogues existent pour les magistrats.

- Les fonctions de membre de cabinet ne peuvent être cumulées avec celles de sous-directeur, chef de service ou directeur d'administration centrale ainsi qu'avec des fonctions de direction dans une entreprise ou un établissement publics.

- Parce qu'ils participent directement à l'exercice d'une fonction de souveraineté et peuvent bénéficier d'une délégation de signature du ministre, il n'est pas possible de nommer en qualité de directeur, directeur-adjoint ou chef de cabinet des personnes ne possédant pas la nationalité française.

Le cabinet du Secrétaire général du Gouvernement procède aux vérifications nécessaires en liaison avec le cabinet du Premier ministre.

2. L'arrêté de nomination (voir modèle ci-après) est préparé par le bureau du cabinet du ministère concerné, signé par le ministre et transmis au service législatif du secrétariat général du Gouvernement (service législatif) pour publication au Journal officiel. Il est accompagné d'un curriculum vitae détaillé de chaque personne à nommer (*Voir fiche 4.2.2*).

3. Il est mis fin aux fonctions des membres d'un cabinet dans les mêmes formes que pour la nomination. Ces fonctions cessent de plein droit lorsqu'il est mis fin aux fonctions du ministre, que ce ministre soit remplacé ou qu'il soit à nouveau nommé dans ses fonctions.

Arrêté du portant nomination au cabinet du ministre/ministre délégué/secrétaire d'Etat

NOR:

Le (La) ministre/ministre délégué(e)/secrétaire d'Etat

Vu le décret n° 48-1233 du 28 juillet 1948 en ce qui concerne les cabinets ministériels, modifié par le décret n° 51-1030 du 21 août 1951 ;

Vu le décret du..... portant nomination du Premier ministre ;

Vu le décret du relatif à la composition du Gouvernement,

Arrête :

Article 1

M/Mme est nommée

Article 2

Le présent arrêté sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le.

FICHE 4.2.4

NOMINATION DES MEMBRES DES CONSEILS ET DIRIGEANTS DES ETABLISSEMENTS PUBLICS ET ENTREPRISES DU SECTEUR PUBLIC

I. Rappel des principaux textes applicables

Il faut distinguer les textes applicables à l'ensemble des établissements et entreprises du secteur public de ceux régissant la catégorie particulière constituée par les établissements et entreprises du secteur public soumis à loi n°83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, dite "loi DSP".

A. Textes régissant l'ensemble des établissements et entreprises du secteur public

La jurisprudence du Conseil d'Etat fonde l'appartenance d'une entreprise au secteur public au sens de l'article 34 de la Constitution sur le critère de la détention, directe ou indirecte, de la majorité du capital par une ou plusieurs personnes publiques (CE, Ass., 22 décembre 1982 SFENA).

Les principaux textes applicables aux établissements publics et entreprises du secteur public ainsi défini en ce qui concerne leurs organes délibérants et leurs dirigeants sont les suivants :

- articles L.O.145 et L.O.297 du code électoral relatifs au régime d'incompatibilités applicables aux députés et sénateurs et, s'agissant des parlementaires européens, loi n°77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen ;

- loi n°84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public ;

- loi n°88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique (article 2, dans sa rédaction issue de la loi n°95-126 du 8 février 1995)

- décret (en Conseil d'Etat et en conseil des ministres) n°79-153 du 26 février 1979 relatif à la durée des fonctions des présidents et de certains dirigeants des établissements publics d'Etat, des entreprises nationalisées et sociétés nationales et de certains organismes publics (sous réserve des développements figurant au b) du 2° du B. du III) ;

- décret (en Conseil d'Etat et en conseil des ministres) n°94-582 du 12 juillet 1994 relatif aux conseils et aux dirigeants des établissements publics et entreprises du secteur public.

B. Loi de démocratisation du secteur public

La loi n°83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public fixe au chapitre 1^{er} de son titre II (articles 5 à 13) des règles relatives à la composition et au fonctionnement des conseils d'administration ou de surveillance ainsi qu'à la désignation de leurs membres. Sauf cas particulier (cf infra en ce qui concerne la durée de mandat), ces règles s'ajoutent à celles prévues par les textes de portée générale mentionnés au A. ci-dessus.

Elles ne sont pas applicables à l'ensemble des établissements et entreprises du secteur public.

1°) Etablissements et entreprises ne relevant pas de la loi DSP

Les dispositions du chapitre II du titre Ier de la loi DSP ne sont pas applicables, cela va de soi, aux établissements ou entreprises qui n'entrent pas dans le champ d'application général de la loi DSP, défini à son article 1^{er}. Ce sont schématiquement :

- les établissements publics de l'Etat dont le personnel est soumis à un régime de droit public (essentiellement les établissements publics administratifs) et leurs filiales,

- les établissements et entreprises appartenant au secteur public local,

- ainsi que, lorsqu'elles ont moins de 200 salariés, les filiales et sous-filiales majoritaires des établissements ou sociétés relevant de l'article 1^{er} et les sociétés codétenues par l'Etat et ces établissements ou sociétés.

2°) Etablissements et entreprises soumis à l'ensemble des règles définies au chapitre 1^{er} du titre II

Les établissements et entreprises entrant dans le champ d'application défini à son article 1^{er} par la loi DSP sont en principe soumis à toutes les dispositions du chapitre 1^{er} du titre II. C'est le cas :

- a) des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat et des autres établissements publics de l'Etat dont la majorité du personnel est soumise au droit privé (sous réserve du a du 3° ci-après) ;

- b) des sociétés énumérées à l'annexe I de la loi ;

- c) des sociétés dont l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social (sous réserve du a du 3° ci-après) ;

- d) des filiales et sous-filiales majoritaires de plus de 200 salariés des établissements publics et sociétés mentionnés à l'article 1^{er} ;

- e) des sociétés codétenues majoritairement par l'Etat et les établissements publics et sociétés mentionnés à l'article 1^{er}, lorsqu'elles ont au moins 200 salariés.

3°) Etablissements et entreprises soumis à certaines des règles définies au chapitre 1^{er} du titre II

- a) Il résulte de l'article 4 de la loi DSP que ne relèvent que des règles fixées par cet article (conseil d'administration ou de surveillance de 9 à 18 membres, comprenant des représentants élus des salariés dans la limite d'un tiers) et des articles 7, 8 et 9 du chapitre 1^{er} du titre II, relatifs au fonctionnement du conseil d'administration ou de surveillance :

- les établissements publics répondant aux critères de l'article 1^{er} (a du 2° ci-dessus) et les sociétés dont l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social (c du 2° ci-dessus), lorsque le nombre de leurs salariés est inférieur à 200 et qu'ils ne détiennent aucune filiale de plus de 200 salariés,

- ainsi que les établissements et sociétés figurant à l'annexe II de la loi (ports autonomes, sociétés de l'audiovisuel, ...),.

b) Les établissements publics et sociétés énumérés à l'annexe III de la loi (Banque de France, théâtres nationaux, établissements publics d'aménagement, ...) ne sont soumis qu'aux articles 7, 8 et 9 du chapitre 1^{er} du titre II.

4°) Cas particuliers

Doivent être enfin mentionnées les entreprises auxquelles une loi spécifique rend applicable, en tout ou partie, le chapitre Ier du titre II de la loi du 26 juillet 1983 : c'est le cas, par exemple, de La Poste.

II. Règles de nomination

A. Membres de l'organe délibérant

1°) Règles générales

a) Mode de désignation

- Représentants de l'Etat

Lorsque le texte régissant l'organisme considéré fixe directement les conditions de représentation d'un ministère en faisant référence à une fonction exercée au sein de ce ministère, le texte se suffit à lui-même. En conséquence le titulaire des fonctions participe de plein droit aux réunions de l'organisme sans qu'il soit besoin de prendre un acte de nomination. A contrario, dans les hypothèses où un acte de nomination est requis, cet acte doit nécessairement mentionner une personne nommément désignée et ne peut se borner à faire référence à une fonction.

Les représentants de l'Etat nommément désignés sont, sauf dispositions particulières différentes, nommés par arrêté du ou des ministres intéressés (décret n°94-582 du 12 juillet 1994, article 5).

Les arrêtés de nomination sont publiés au Journal officiel.

Si les dispositions applicables à l'établissement ou à la société prévoient une nomination par décret, celui-ci est un décret du Premier ministre et non du Président de la République, les fonctions de membre d'un conseil d'administration ou de surveillance ne constituant pas des emplois publics au sens de l'article 13 de la Constitution. Bien qu'aucun ministre n'ait à prendre d'acte juridique pour l'exécution d'un décret de nomination, il convient de recueillir le contreseing du ou des ministres dont relève l'établissement ou l'entreprise ou ceux sous la tutelle desquels il est placé.

- Personnalités qualifiées

Dans les entreprises non soumises au chapitre 1^{er} du titre II de la loi DSP, il ne peut être désigné de personnalités qualifiées au sein de l'organe délibérant que dans les établissements publics, si les statuts le prévoient, et dans les seules sociétés pour lesquelles la loi l'a permis, par dérogation aux règles de composition du conseil d'administration ou de surveillance définies par le code de commerce.

Leur nomination est prononcée selon les modalités fixées par les textes applicables à l'entreprise.

- Suppléants

Il est de jurisprudence constante qu'en l'absence de disposition statutaire prévoyant la suppléance des membres de l'organe délibérant, ces membres ne peuvent se faire représenter (CE 17 mars 1978, S.A. Affichage Giraudy).

Quand la suppléance des membres de l'organe délibérant est prévue par un texte, la nomination des suppléants obéit aux mêmes règles de nomination que celles prévues pour les membres titulaires.

Il n'est pas d'usage de prévoir la nomination de suppléants pour les personnalités qualifiées qui sont désignées « *intuitu personae* ».

b) Conditions requises

- Limite d'âge :

Le décret n°94-582 du 12 juillet 1994 a abrogé les décrets n°72-208 du 20 mars 1972 et n°76-618 du 7 juillet 1976, de sorte qu'il n'existe plus, en matière de limite d'âge, de règles générales applicables aux membres des conseils d'administration des établissements publics et entreprises du secteur public.

Il convient donc de se référer aux statuts de chaque organisme pour vérifier si les membres de l'organe délibérant sont ou non soumis à une limite d'âge.

Il est signalé, toutefois, que pour les entreprises ayant la forme de société anonyme, les articles L.225-19 (conseil d'administration) et L.225-70 (conseil de surveillance) du code de commerce sont applicables. Ces articles prévoient qu'à défaut de dispositions expresses dans les statuts, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance d'une entreprise ne peut comporter plus d'un tiers de membres ayant dépassé l'âge de 70 ans.

- Représentants de l'Etat

Les représentants de l'Etat dans les conseils d'administration ou organes délibérants en tenant lieu, quelle que soit la nature de l'organisme considéré (établissement public, société, groupement, association) sont choisis parmi les fonctionnaires de l'Etat de catégorie A et les agents contractuels de l'Etat d'un niveau équivalent, en activité ou en retraite, âgés de trente ans au moins ou ayant huit ans de services publics (décret n° 94-582 du 12 juillet 1994, article 3). Un fonctionnaire en détachement hors de l'administration, hors cadres ou en disponibilité n'est pas en activité au sens de cette disposition.

Il est à noter également que les années de scolarité et de services militaires des élèves stagiaires d'écoles de type Ecole Polytechnique, ENA, ENM... ne sont pas prises en compte dans le calcul des années de services publics au sens du décret de 1994 ; les services publics envisagés dans ce décret doivent s'entendre des services effectivement accomplis au sein d'une administration publique.

- Personnalités qualifiées

Les « *administrateurs des entreprises publiques et sociétés d'économie mixte qui ne représentent pas l'Etat mais qu'il appartient au Gouvernement de désigner soit en raison de leur*

compétence personnelle, soit parce qu'ils représentent des intérêts économiques et sociaux » (article 31 de la loi n° 50-586 du 27 mai 1950 relative aux comptes spéciaux du Trésor, modifié par la loi n° 85-10 du 3 janvier 1985 portant diverses dispositions d'ordre social) c'est-à-dire les personnalités qualifiées, ne peuvent être choisis parmi les fonctionnaires en activité, à l'exception des chercheurs, des enseignants-chercheurs et des autres personnels régis par les statuts répondant aux exigences posées à l'article L.411-3 du code de la recherche ou à l'article L. 952-2 du code de l'éducation. Cependant, des fonctionnaires, s'ils sont détachés hors de la fonction publique, en disponibilité ou hors cadres, peuvent être choisis comme personnalités qualifiées.

Il convient de signaler qu'aucune règle générale n'interdit la désignation comme personnalité qualifiée d'une personne de nationalité étrangère.

Les statuts de certaines entreprises et établissements ou les textes réglementaires qui leur sont applicables définissent en outre des conditions particulières applicables aux choix des personnalités qualifiées ; il convient de s'y référer au cas par cas.

2°) Règles particulières régissant les établissements et entreprises du secteur public soumis à la loi DSP

a) Mode de désignation

- Représentants de l'Etat

Les représentants de l'Etat dans les entreprises auxquelles est applicable l'article 11 de la loi du 26 juillet 1983 sont nommés par décret du Premier ministre pris sur le rapport du ou des ministres intéressés. Il en va de même des représentants de l'Etat dans les sociétés non soumises au chapitre 1^{er} du titre II mais dont l'Etat détient directement la majorité du capital (décret n° 94-582 du 12 juillet 1994, article 5).

- Personnalités qualifiées

Il n'en existe que dans les conseils des entreprises relevant de l'article 5 de la loi DSP.

Cet article précise que ces personnalités sont nommées par décret, pris, le cas échéant, après consultation d'organismes représentatifs. Il s'agit d'un décret du Premier ministre pour les raisons indiquées au a) du 1°.

b) Conditions requises

- Appartenance à plusieurs conseils

Un membre de conseil d'administration ou de surveillance ne peut appartenir simultanément à plus de quatre conseils dans les entreprises visées aux 1, 2 et 3 de l'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 1983. Tout membre du conseil qui, lorsqu'il accède à un nouveau mandat, se trouve en infraction, doit, dans les trois mois, se démettre de l'un de ses mandats ; à défaut, et à l'expiration de ce délai, il est réputé s'être démis de son nouveau mandat. Cette règle vaut également pour les membres suppléants.

- Actions de garantie

Les dispositions des articles L.225-25 et L.225-72 du code de commerce, qui imposent la détention d'un nombre minimum d'actions de la société, ne sont pas applicables aux membres des conseils d'administration ou de surveillance des entreprises publiques nommés par décret,

c'est-à-dire aux représentants de l'Etat et aux personnalités qualifiées (loi du 26 juillet 1983, article 11).

- Représentants de l'Etat

Pour les conseils d'administration ou de surveillance des entreprises mentionnées à l'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 1983, le décret n° 94-582 du 12 juillet 1994 (article 3) permet de désigner les représentants de l'Etat parmi les présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints d'entreprises relevant de ce même article.

Dans les entreprises publiques en forme de société auxquelles n'est pas applicable le dernier alinéa de l'article 11 de la loi du 26 juillet 1983, l'Etat doit détenir le nombre d'actions nécessaires pour satisfaire aux dispositions des articles L.225-25 et L.225-72 du code de commerce, en proportion du nombre de sièges qui lui sont réservés au conseil d'administration ou de surveillance.

- Personnalités qualifiées

Aux termes de l'article 5 de la loi DSP, les personnalités qualifiées sont « choisies en raison de leur compétence technique, scientifique ou technologique, soit en raison de leur connaissance des activités publiques et privées concernées par l'activité de leur entreprise, soit en raison de leur qualité de représentants des consommateurs ou des usagers ».

3°) Cas particuliers

- Représentants de l'Etat dans les filiales d'entreprises publiques

L'article 51 de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier tend à clarifier la situation des représentants de l'Etat dans les conseils d'administration ou de surveillance des sociétés du secteur public dont l'Etat n'est pas directement actionnaire et à donner un fondement juridique à leur désignation.

Il prévoit ainsi la possibilité de nommer un ou plusieurs administrateurs d'Etat au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés dont plus de la moitié du capital est détenue, directement ou indirectement, soit par une entreprise du secteur public de premier rang, soit conjointement par l'Etat, un établissement public de l'Etat et, le cas échéant, des collectivités territoriales.

Le nombre de ces représentants ne peut excéder six, ni le tiers des membres du conseil d'administration ou de surveillance.

Pris en application de ces dispositions, le décret n° 96-1054 du 5 décembre 1996 modifié fixe la liste des entreprises intéressées et, pour chacune d'entre elles, le nombre et la répartition entre ministères des représentants à désigner.

Les dispositions des articles 3, 4, 5, 6 et 8 du décret n° 94-582 du 12 juillet 1994 sont applicables à ces désignations.

- Représentants de l'Etat actionnaire dans les sociétés majoritairement détenues par le secteur privé.

Certaines règles s'appliquent aux sociétés dont une partie du capital est détenue par l'Etat, ou des établissements publics ou entreprises du secteur public, mais qui n'appartiennent pas au secteur public parce que le secteur privé détient plus de la moitié du capital. La représentation

de l'Etat dans de telles sociétés est prévue par le décret loi du 30 octobre 1935 organisant le contrôle de l'Etat sur les sociétés, syndicats et associations ou entreprises de toute nature ayant fait appel au concours financier de l'Etat. Lorsque l'Etat détient une participation au moins égale à 10% du capital, il lui est réservé au sein de l'organe délibérant un nombre de sièges proportionnel à sa participation, sans que ce nombre puisse être supérieur aux 2/3 des sièges et inférieur à 2. Pour la détermination de ce nombre, il est tenu compte des représentants du personnel actionnaire mais pas des représentants élus par le personnel salarié.

En outre, l'article 139 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 permet à l'Etat d'être représenté par un agent public ou par un dirigeant d'entreprise publique dans l'organe délibérant d'une entreprise du secteur privé dans laquelle il détient indirectement, avec un ou plusieurs de ses établissements publics, une participation représentant au moins 10% du capital, ce seuil étant déterminé à partir du produit des pourcentages de participation de l'Etat et de ses établissements publics dans une même chaîne de participations majoritaires ou minoritaires.

B. Désignation des dirigeants

1°) Mode de désignation

La notion d' "emploi" au sens de l'article 13 de la Constitution et de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat est plus large que celle d' "emploi budgétaire" telle qu'elle résulte de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 ou que celle d' "emploi permanent" au sens du statut général de la fonction publique ; elle inclut notamment les emplois de direction des établissements publics et entreprises publiques : président du conseil d'administration ou de l'organe délibérant en tenant lieu, directeur général, ou responsable quel que soit son titre, exerçant des fonctions de direction générale, membre du directoire le cas échéant.

a) Règles générales

Les nominations des dirigeants des établissements et entreprises du secteur public sont prononcées par décret du Président de la République, par décret du Premier ministre en vertu d'une délégation du Président de la République ou encore par décision d'un ministre ou d'une autorité subordonnée en vertu de dispositions prises en application de l'article 4 de l'ordonnance du 28 novembre 1958. Par suite lorsque les dispositions applicables prévoient une nomination par décret, sans autre précision, ce décret est nécessairement un décret du Président de la République.

En application de l'article 1^{er} de cette même ordonnance, il est pourvu en conseil des ministres « *aux emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales quand leur importance justifie l'inscription sur une liste dressée par décret en conseil des ministres* » (voir le décret n° 59-587 du 29 avril 1959).

Toutefois, des dispositions législatives ou réglementaires particulières ont pu, en dehors des cas prévus par l'article 13 de la Constitution et l'ordonnance du 28 novembre 1958, imposer la délibération en conseil des ministres de certaines nominations.

b) Règles particulières régissant les établissements et entreprises du secteur public soumis à la loi DSP

Les présidents de conseil d'administration des entreprises publiques de premier rang (celles mentionnées aux 1, 2 et 3 de l'article 1^{er} de la loi DSP) sont nommés par décret, parmi les membres du conseil d'administration, sur proposition de celui-ci (article 10).

Pour celles des entreprises qui figurent sur la liste dressée par le décret n° 59-587 du 29 avril 1959 modifié, il s'agit d'un décret en conseil des ministres ; pour les autres entreprises, il s'agit d'un décret du Président de la République non délibéré en conseil des ministres.

Lorsque les entreprises sont des sociétés à directoire et conseil de surveillance, le directoire comprend trois à cinq membres nommés, hors des membres du conseil de surveillance et sur proposition de celui-ci, par décret (loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, article 10).

2°) Conditions requises

a) Limite d'âge

Principes

Pour les entreprises publiques en forme de société, il résulte des modifications apportées à l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public par l'article 10 de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie que c'est désormais le droit commun des sociétés qui s'applique. Il appartient donc aux statuts de ces entreprises de fixer une limite d'âge pour les fonctions de président du conseil d'administration (article L. 225-48 du code de commerce), de directeur général ou directeur général délégué (article L. 225-54) ou de membre du directoire (article L. 225-60) ; à défaut de disposition expresse dans les statuts, la limite d'âge est de 65 ans.

S'agissant des établissements publics de l'État, quelle que soit leur nature, l'article 7 de la loi du 13 septembre 1984 prévoit que, sauf disposition particulière prévue par les textes législatifs ou réglementaires régissant l'établissement ou la catégorie d'établissements dont il relève, une limite d'âge de 65 ans s'applique aux présidents de conseil d'administration, directeurs généraux et directeurs.

Il convient de préciser que dans les établissements publics dont l'organe délibérant, bien qu'il ne s'intitule pas « conseil d'administration », a des pouvoirs équivalents, la limite d'âge de 65 ans, si elle ne s'efface pas en raison de dispositions particulières, s'applique au président de cette instance, quel que soit son nom. De même, en l'absence de directeur général ou de directeur, la limite d'âge s'applique au responsable auquel les statuts de l'établissement confient des fonctions équivalentes. En ce qui concerne les établissements pourvus d'un conseil de surveillance, il y a lieu de vérifier, si, au terme des statuts, le président du conseil de surveillance dispose de réels pouvoirs délibérants ; dans l'affirmative, il est soumis à la limite d'âge de 65 ans, si celle-ci s'applique.

Le caractère particulier de certains établissements publics de l'État (chambres consulaires, offices agricoles, chambre de la batellerie artisanale), leur champ de compétence géographique, l'origine ou le statut de leurs dirigeants (personnes extérieures à l'administration, élus locaux), ou encore leur mode de désignation (élection par le conseil d'administration) n'ont jamais été regardés comme permettant de fonder, par eux-mêmes, une dérogation à la limite d'âge de 65 ans.

Les fonctions des intéressés cessent de plein droit quand ils atteignent l'âge limite. Mais, selon le deuxième alinéa de l'article 7 de la loi, les règles relatives à la limite d'âge ne font pas obstacle à ce que les dirigeants d'établissements publics soient maintenus en fonction, au-delà de cette limite, pour continuer à les exercer à titre intérimaire.

- Cas particuliers

Les fonctionnaires placés hors de leur corps d'origine afin d'occuper les fonctions de direction soumises à une limite d'âge dans un établissement public ou de président du conseil d'administration, directeur général, directeur général délégué ou membre du directoire d'une société dont l'Etat, d'autres personnes morales de droit public ou des entreprises publiques détiennent conjointement, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital peuvent continuer à exercer ces fonctions alors même qu'ils auraient atteint la limite d'âge de leur corps. Dans ce cas, la radiation des cadres et la liquidation de la pension sont différées à la date de cessation des fonctions.

La loi prévoit, enfin, que le vice-président du Conseil d'Etat, le premier président et le procureur général de la Cour des comptes peuvent continuer de présider jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 68 ans les établissements publics dont les statuts leur confèrent de droit la présidence.

b) Cas particuliers des entreprises du secteur public au statut de société

Dans les entreprises publiques en forme de société, il convient que le président de la société siège au conseil d'administration en tant que personnalité qualifiée ou en tant que représentant des actionnaires, et non en tant que représentant de l'Etat. En effet, il serait inopportun et contestable sur le plan déontologique de faire cumuler par une même personne les fonctions de représentation de l'Etat au sein du conseil d'administration ou de surveillance d'une entreprise, de présidence de cette instance et de mandataire social de l'entreprise.

En outre, les représentants de l'Etat même lorsqu'ils ont été nommément désignés comme membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une société, y siègent pour assurer la présence de l'Etat et non à titre personnel ; dès lors, l'accession d'un représentant de l'Etat à la présidence d'une société ne paraît pas compatible avec la règle énoncée par l'article L.225-47 du code de commerce, selon laquelle seule une personne physique peut être nommée président d'une société anonyme.

c) Incompatibilités parlementaires

L'article L.O.145 du code électoral précise que sont incompatibles avec le mandat de député les fonctions de président et de membre de conseil d'administration des entreprises nationales et des établissements publics nationaux. Toutefois, cette incompatibilité ne s'applique pas aux députés désignés, soit en cette qualité, soit du fait d'un mandat électoral local, comme président ou membre de conseil d'administration en application des textes organisant ces entreprises ou établissements. Cette règle est également applicable aux sénateurs en vertu de l'article L.O.297 du code électoral, ainsi qu'aux représentants français au Parlement européen en vertu de l'article 6 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977.

Un parlementaire qui siège dans un conseil d'administration en cette qualité ou en qualité d'élu local en vertu de la dérogation mentionnée ci-dessus peut être nommé à la présidence de ce conseil dès lors qu'il est prévu que le président est désigné parmi les membres du conseil ou parmi les membres de la catégorie à laquelle il appartient. Il n'est donc pas nécessaire d'introduire dans le texte applicable une disposition précisant que le président peut ou doit être un parlementaire.

Il y a lieu d'entendre par "établissement public national" tout établissement public dont la tutelle relève de l'Etat, quel que soit son statut et son champ de compétence géographique (CC, décision n° 98-17-I du 28 janvier 1999).

En outre, il convient de veiller à ce que les membres d'un organe délibérant ne soient pas frappés par l'incompatibilité édictée par l'article L.O. 146 du code électoral, qui vise les

parlementaires susceptibles d'occuper les fonctions de chef d'entreprise, de président de conseil d'administration, de président ou de membre de directoire, de président ou de membre du conseil de surveillance, d'administrateur délégué, de directeur général, de directeur général adjoint ou gérant dans différentes catégories de sociétés.

Cette incompatibilité est tempérée par un régime dérogatoire distinct de celui de l'article L.O. 145 du code électoral. En effet, l'article L.O. 148 du ce code prévoit deux hypothèses dans lesquelles l'incompatibilité ne s'applique pas :

- le cas des parlementaires titulaires d'un mandat électoral local, qui peuvent être désignés par l'assemblée de la collectivité locale à laquelle ils appartiennent et qu'ils peuvent représenter sous réserve que soient réunies les trois conditions suivantes : l'organisme accueillant le parlementaire doit avoir un intérêt régional ou local, il ne doit pas avoir pour objet propre de faire ni de distribuer des bénéfices et ne doit pas rémunérer l'intéressé ;

- le cas des parlementaires non titulaires d'un mandat électoral local, pour lesquels l'incompatibilité ne s'applique pas si l'organisme en cause est une société d'économie mixte d'équipement régional ou local ou une société ayant un objet exclusivement social, et si l'organisme ne rémunère pas le parlementaire.

d) Cas des anciens fonctionnaires et agents publics

L'article 432-13 du code pénal, qui réprime la « prise illégale d'intérêt », fait obstacle à la nomination d'un fonctionnaire ou d'un agent public dans une entreprise, lorsque l'intéressé a été chargé, au cours des cinq années qui précèdent, ou d'assurer la surveillance ou le contrôle de cette entreprise, ou de conclure des contrats de toute sorte avec elle, ou encore d'exprimer son avis sur les opérations effectuées avec elle (CE, Ass. 6 décembre 1996, Soc. Lambda).

En outre, pour les agents publics, les nominations dans des entreprises du secteur public concurrentiel, lorsqu'elles entraînent la cessation définitive des fonctions (démission, départ à la retraite) ou une mise en disponibilité, sont obligatoirement soumises à l'avis préalable d'une commission chargée d'examiner la compatibilité des activités envisagées avec les fonctions précédentes, dite Commission de déontologie.

Le décret n° 95-168 du 17 février 1995, modifié par le décret n° 95-833 du 6 juillet 1995, précise les règles applicables. Une circulaire du Premier ministre du 17 février 1995 décrit et commente le dispositif.

III. Exercice du mandat

A. Déclaration de situation patrimoniale

La loi n° 95-126 du 8 février 1995 a étendu à de nombreux dirigeants d'organismes publics l'obligation de déclaration de situation patrimoniale créée pour des élus et pour les membres du Gouvernement par la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

Les déclarations sont déposées auprès d'un organisme unique, la Commission pour la transparence financière de la vie politique, dont la composition et les modalités de fonctionnement ont été adaptées en conséquence par la loi n° 96-5 du 4 janvier 1996.

Les emplois de direction et les organismes publics auxquels s'impose la nouvelle obligation sont précisés par le décret n° 96-762 du 1^{er} septembre 1996. Une circulaire du Premier

ministre du même jour décrit et commente l'ensemble du dispositif et précise les procédures à suivre.

Il convient de se référer à ces textes et de les appliquer scrupuleusement, car le non-respect de l'obligation frappe de nullité la nomination intervenue.

B. Durée du mandat

1°) Membres des conseils

a) Règles générales

Pour les établissements publics et entreprises du secteur public non soumis à la loi DSP, seule la durée de mandat des représentants de l'Etat nommément désignés fait l'objet d'une disposition de portée générale : l'article 6 du décret n° 94-582 du 12 juillet 1994 fixe cette durée à trois ans sauf règle particulière différente dans le statut de l'organisme.

Conformément à une jurisprudence constante, une décision individuelle favorable à son destinataire entre en vigueur dès sa signature (cf notamment CE Sect., 19 décembre 1952 Dlle Mattei) ; ainsi, un administrateur nommé par un acte signé le 1^{er} janvier 2004 verra son mandat de trois ans venir à échéance le 31 décembre 2006 à minuit.

b) Règles particulières régissant les établissements et entreprises du secteur public soumis à la loi DSP

La durée du mandat des membres du conseil d'administration ou de surveillance est de cinq ans (loi du 26 juillet 1983, article 11).

En cas de vacance pour quelque cause que ce soit, le remplaçant n'exerce ses fonctions que pour la durée restant à courir jusqu'au renouvellement de la totalité du conseil (même article)

Les mandats des membres du conseil d'administration ou de surveillance prennent effet à la date de la première réunion du conseil mis en place ou renouvelé en application de la loi du 26 juillet 1983.

2°) Dirigeants

a) Règles générales

La durée maximale des fonctions des présidents des établissements publics de l'Etat, qu'ils aient ou non un caractère industriel et commercial, des entreprises nationalisées constituées ou non sous forme de sociétés anonymes et de celles des personnes morales dont, en application de dispositions législatives ou réglementaires expresses, les dirigeants sont désignés par l'Etat, est fixée à trois ans conformément au décret n° 79-153 du 26 février 1979.

La portée de ce décret est donc très générale. Toutefois, le décret n° 94-582 du 12 juillet 1994 a prévu des règles différentes pour les présidents du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et membres du directoire des entreprises auxquelles est applicable l'article 11 de la loi du 26 juillet 1983 (cf infra).

La durée de trois ans s'applique d'office au président du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou de l'organe délibérant qui en tient lieu ainsi qu'aux personnes qui, quel que soit leur titre, exercent des fonctions équivalentes.

La même durée est applicable, lorsqu'ils sont désignés par l'Etat ou avec son accord pour un mandat d'une durée déterminée, aux membres du directoire, directeurs généraux, directeurs et personnes qui, quel que soit leur titre, exercent des fonctions équivalentes.

Ainsi, alors que, pour les présidents, la durée de trois ans est applicable de plein droit, elle ne s'applique aux directeurs que si le texte statutaire organisant l'entreprise prévoit une durée déterminée. Si le texte statutaire ne prévoit aucune durée, le directeur général, le directeur ou les membres du directoire sont donc nommés sans limitation dans le temps.

Dans tous les cas, ces règles ne font pas obstacle aux mesures individuelles que pourrait prendre l'autorité compétente pour mettre fin, à tout moment, aux fonctions des personnes visées.

Lorsque les entreprises sont des sociétés à directoire et conseil de surveillance, le second alinéa de l'article 1^{er} du décret n°94-582 du 12 juillet 1994 précise que les membres du directoire sont nommés pour une durée égale à celle des membres du conseil de surveillance qui les a proposés. »

b) Règles particulières régissant les établissements et entreprises du secteur public soumis à la loi DSP

Nonobstant toute disposition réglementaire contraire, et par dérogation aux dispositions du décret n° 79-153 du 26 février 1979, le président du conseil d'administration est, dans les entreprises auxquelles est applicable l'article 11 de la loi du 26 juillet 1983, nommé pour la durée de son mandat d'administrateur (décret n° 94-582 du 12 juillet 1994, article 1^{er}).

En conséquence, lorsque le président est désigné à l'occasion du renouvellement du conseil d'administration, la durée normale de son mandat est de cinq ans. S'il est nommé entre deux renouvellements du conseil d'administration, la durée de son mandat de président sera celle restant à courir de son mandat d'administrateur.

Ces dispositions ne font pas obstacle à la possibilité de mettre fin à tout moment aux fonctions du président.

Les directeurs généraux, directeurs et personnes qui, quel que soit leur titre, exercent des fonctions équivalentes restent quant à eux soumis aux dispositions du décret du 26 février 1979 ; ils sont donc en principe titulaires de mandats non limités dans le temps.

Lorsque les entreprises sont des sociétés à directoire et conseil de surveillance, les membres du directoire sont nommés pour une durée égale à celle du mandat des membres du conseil de surveillance qui les a proposés ; la durée des fonctions du président du conseil de surveillance est la même que celle des membres de ce conseil.

IV. Fin du mandat

A. Membres

1°) Règles générales

Les représentants de l'Etat cessent leurs fonctions à la fin de leur mandat, par démission ou s'ils perdent la qualité en vertu de laquelle ils ont été nommés ; ils peuvent être remplacés à tout moment.

Ces règles s'appliquent à tous les organismes dont les conseils d'administration comprennent des représentants de l'Etat, y compris les établissements publics administratifs, et les sociétés dans lesquelles l'Etat détient une participation minoritaire.

Il n'y a pas, sauf dispositions particulières des statuts, de renouvellement simultané de la totalité des membres des conseils, et le mandat de chacun d'eux expire donc à l'échéance décomptée à partir de sa propre nomination, même si elle est intervenue avant le terme du mandat du prédécesseur.

2°) Règles particulières régissant les établissements et entreprises du secteur public soumis à la loi DSP

Les mandats des membres du conseil d'administration ou de surveillance prennent fin, le même jour, à l'issue d'une période de cinq ans (décret n° 83-1160 du 26 décembre 1983 portant application de la loi du 26 juillet 1983, article 7). Il convient de rappeler que ces administrateurs peuvent néanmoins siéger jusqu'à l'installation du nouveau conseil.

Il peut être mis fin, à tout moment, par décret, au mandat des membres du conseil d'administration ou de surveillance nommés par décret (loi DSP, article 12). Si l'administrateur que l'on souhaite remplacer n'a pas démissionné, il convient, comme pour toute mesure prise en considération de la personne, de l'en aviser en lui laissant un délai suffisant pour présenter ses observations.

B. Dirigeants

Il est possible de mettre fin au mandat des dirigeants à tout moment. Toutefois, s'agissant d'une mesure prise en considération de la personne, il convient, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, de prévenir le dirigeant qu'on souhaite révoquer et de lui laisser un délai suffisant pour présenter ses observations.

Le président du conseil d'administration d'une entreprise régie par la loi DSP peut être révoqué par décret en conseil des ministres ou du Président de la République, sans qu'une proposition du conseil d'administration soit nécessaire (article 10).

Lorsqu'on souhaite remplacer un président nommé par décret en conseil des ministres, avant l'échéance de son mandat, il convient successivement de :

- mettre fin à ses fonctions de président par décret en conseil des ministres ;
- faire entrer, s'il n'y siège pas déjà, le futur président comme membre du conseil d'administration par décret du Premier ministre, éventuellement en remplacement de l'ancien président, ou le faire désigner comme représentant des actionnaires ;
- réunir, dès que possible, le conseil d'administration pour qu'il propose le nouveau président ;
- nommer le nouveau président par décret en conseil des ministres.

Lorsque les entreprises sont des sociétés à directoire et conseil de surveillance, les membres du directoire peuvent être révoqués par décret, sans proposition du conseil de surveillance.

Si l'entreprise figure sur la liste prévue à cet effet, le président du directoire est révoqué par décret en conseil des ministres (voir le décret n° 59-587 du 29 avril 1959)

Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 7 octobre 1992, M. Reverdy) que, pour les entreprises dont le président est nommé par décret en conseil des ministres, il n'est pas possible de mettre fin par un décret du Premier ministre aux fonctions de membre du conseil d'administration de l'administrateur qui est président, car ce serait le priver de la qualité qui lui permet d'être président. Préalablement à son remplacement comme administrateur, il faut donc un décret en conseil des ministres mettant fin à ses fonctions de président.

C. Possibilité de renouvellement du mandat

1°) Règles générales

Qu'il s'agisse des membres de l'organe délibérant ou des dirigeants, sauf disposition contraire des statuts, leur renouvellement est toujours possible.

2°) Règles particulières régissant les établissements et entreprises du secteur public soumis à la loi DSP

L'interdiction de l'exercice de plus de trois mandats consécutifs qui figurait à l'article 11 de la loi DSP a été supprimée par l'article 21 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

En ce qui concerne les dirigeants, sauf dispositions contraires des statuts, leurs fonctions sont également susceptibles de renouvellement.

D. Intérim

Dans l'hypothèse d'une vacance provisoire de fonctions de direction et en l'absence de dispositions statutaires organisant une suppléance, il appartient au(x) ministre(s) de tutelle de l'établissement, en qualité d'autorité(s) responsable(s) du service public, de procéder à la désignation d'une personne chargée de l'intérim de ces fonctions. Il y a lieu, en effet, de faire application, en les transposant au cas des établissements publics, des solutions jurisprudentielles permettant à « l'autorité supérieure » de prendre les mesures nécessaires à la continuité du service, en regardant le ou les ministres de tutelle comme investis de ce pouvoir.

Conformément à une jurisprudence constante, la désignation de l'intérimaire n'a pas à suivre les règles de forme et de compétence requises pour procéder à la nomination proprement dite. Il va de soi que l'intérim est, par définition, provisoire et ne peut durer au delà de la durée nécessaire pour choisir une personne et pourvoir le poste vacant selon les procédures de droit commun.

Si la vacance résulte de ce que le titulaire des fonctions ne remplit plus les conditions requises pour les exercer, par exemple en cas de survenance de la limite d'âge qui lui est applicable, il ne pourra pas être désigné en qualité d'intérimaire. S'agissant toutefois des établissements publics, le deuxième alinéa de l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public prévoit explicitement que les règles relatives à la limite d'âge ne font pas obstacle à ce que les présidents de conseil d'administration, directeurs généraux et directeurs des établissements publics de l'Etat soient maintenus en fonction, au-delà de cette limite, pour continuer à les exercer à titre intérimaire.

En ce qui concerne le cas particulier des présidents d'entreprises et d'établissements soumis au chapitre 1er du titre II de la loi DSP, lesquels sont nommés parmi les membres de l'organe délibérant, la question de savoir qui préside le premier conseil peut se poser. Il est admis qu'un président de conseil d'administration dont le mandat vient à expiration peut, afin que le changement de présidence se déroule dans de bonnes conditions et sans discontinuité, et par égard

à son endroit, présider le conseil d'administration convoqué pour délibérer de la proposition de nomination de son successeur, même si cette séance est postérieure à la date d'expiration de son mandat. Cette situation n'est pas de droit ; elle constitue au contraire un aménagement coutumier et de portée limitée des règles de fin de fonctions et d'intérim.

V. Cas particulier d'une entreprise nouvellement privatisée

Le II de l'article 2 de la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 (loi de privatisation) précise que pour les entreprises mentionnées à l'article 10 de la loi DSP « l'intervention du décret [de privatisation, pris en application de cet article 2 est suivie de la désignation par décret, du président du conseil d'administration ou des membres du directoire ». Il convient de préciser que le processus de nomination doit intervenir dans la période située entre le décret de privatisation et la privatisation économique effective de l'entreprise, généralement matérialisée par un arrêté du ministre chargé de l'économie pris sur avis conforme de la Commission des participations et transferts en application de l'article 3 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986.

L'interprétation qui a été faite de ces dispositions de la loi de 1993, comme de celles de la loi de 1986, est la suivante : il s'agit de donner l'occasion au Gouvernement de confirmer le président en place ou de le remplacer, au moment où s'engage la procédure de privatisation. Cette procédure doit être regardée comme faisant exception aux règles qui régissent normalement les modalités de désignation, de révocation et de durée du mandat des présidents d'entreprise publique.

Cette procédure permet de déroger à la règle fixée à l'article 10 de la loi DSP selon laquelle le président est nommé sur proposition du conseil d'administration, mais non à la règle prévue par ce même article selon laquelle le président est choisi parmi les membres du conseil d'administration.

Il est par ailleurs souhaitable que les dispositions législatives de privatisation prévoient un dispositif transitoire permettant d'assurer la continuité du conseil d'administration ou de surveillance jusqu'à la première réunion de l'organe délibérant de l'entreprise nouvellement privatisée.

VI. Présentation des mesures de nomination

Les décrets portant nomination doivent être précédés d'un rapport de présentation obéissant aux règles générales en la matière (voir *fiche 5 .2*), qui peut être collectif, dont l'objet est d'indiquer succinctement les vacances à pourvoir. Ce rapport doit présenter les raisons justifiant les choix proposés par le ministre, mentionner la procédure applicable en la matière et attester du respect des consultations obligatoires.

La notice biographique de la personne dont la nomination est proposée doit être systématiquement jointe au rapport. Cette notice comprend notamment les rubriques suivantes : état civil, diplômes, carrière, fonctions actuelles.

En outre, le projet doit être accompagné de la liste complète des membres de l'organe délibérant de l'organisme en cause ainsi que des textes de base régissant cet organisme.

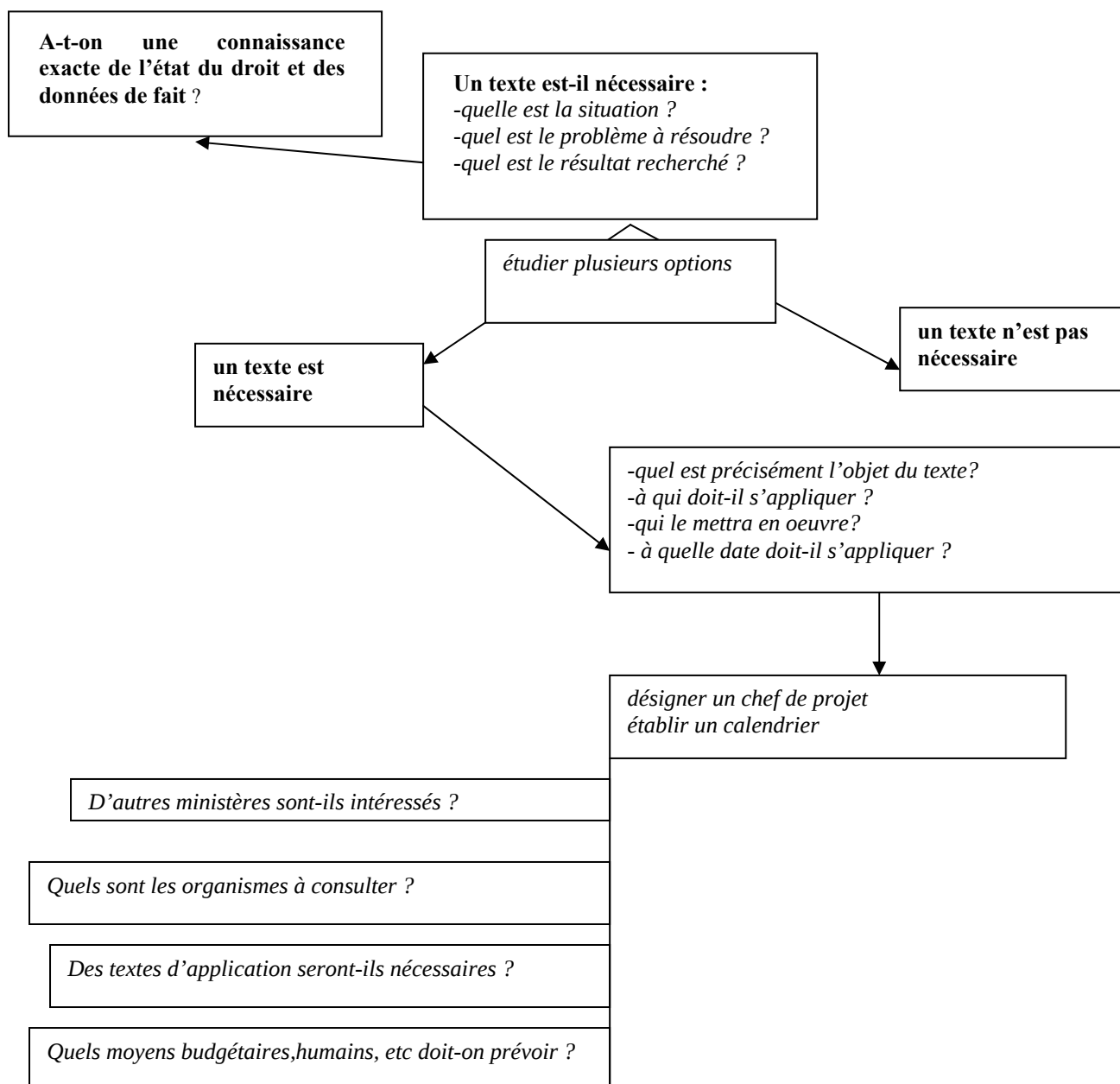
On ne procédera pas à une nomination comportant une date d'effet postérieure à la date de signature de l'acte qui la prononce : le caractère anticipé d'une nomination est en effet susceptible d'entacher cette nomination d'une incompétence "ratione temporis" (CE 20 mai 1988, Syndicat national des centres hospitaliers FO, p. 198). En pratique, seul un délai de quelques jours courant à compter de la signature de l'acte semble acceptable.

On se gardera également des nominations rétroactives : elles sont, dans cette mesure, illégales et n'ont pas, en outre, pour effet de valider les décisions éventuellement prises par la personne nommée pendant la période couverte par la rétroactivité de la nomination.

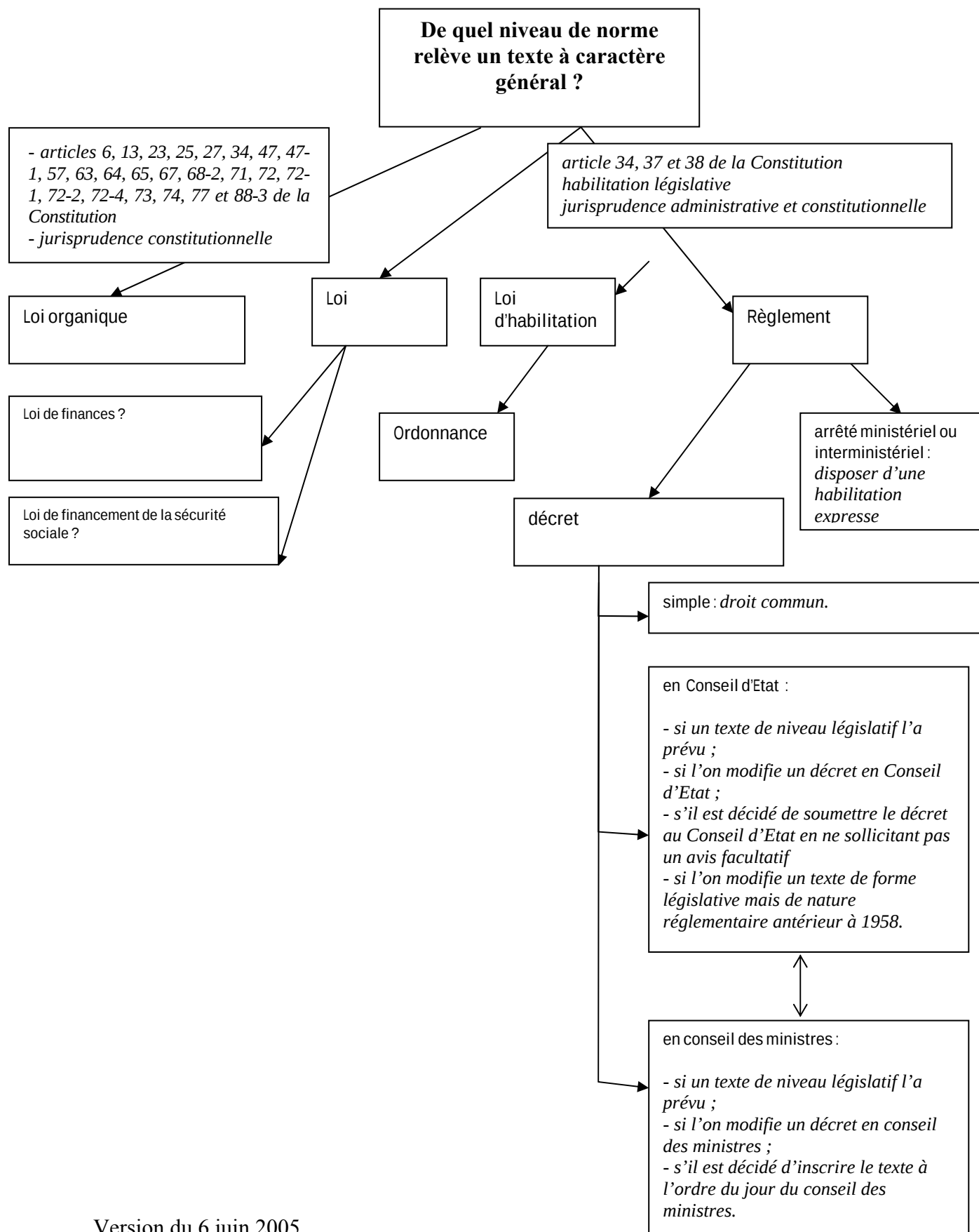
Au total, dès lors qu'il existe une norme législative ou réglementaire régissant la durée des fonctions en cause, il est préférable, pour éviter toute erreur ou tout risque d'illégalité, de n'introduire dans les actes de nomination aucune date d'effet, date d'échéance ou durée de mandat ou de fonctions.

5. SCHEMAS LOGIQUES ET CAS PRATIQUES

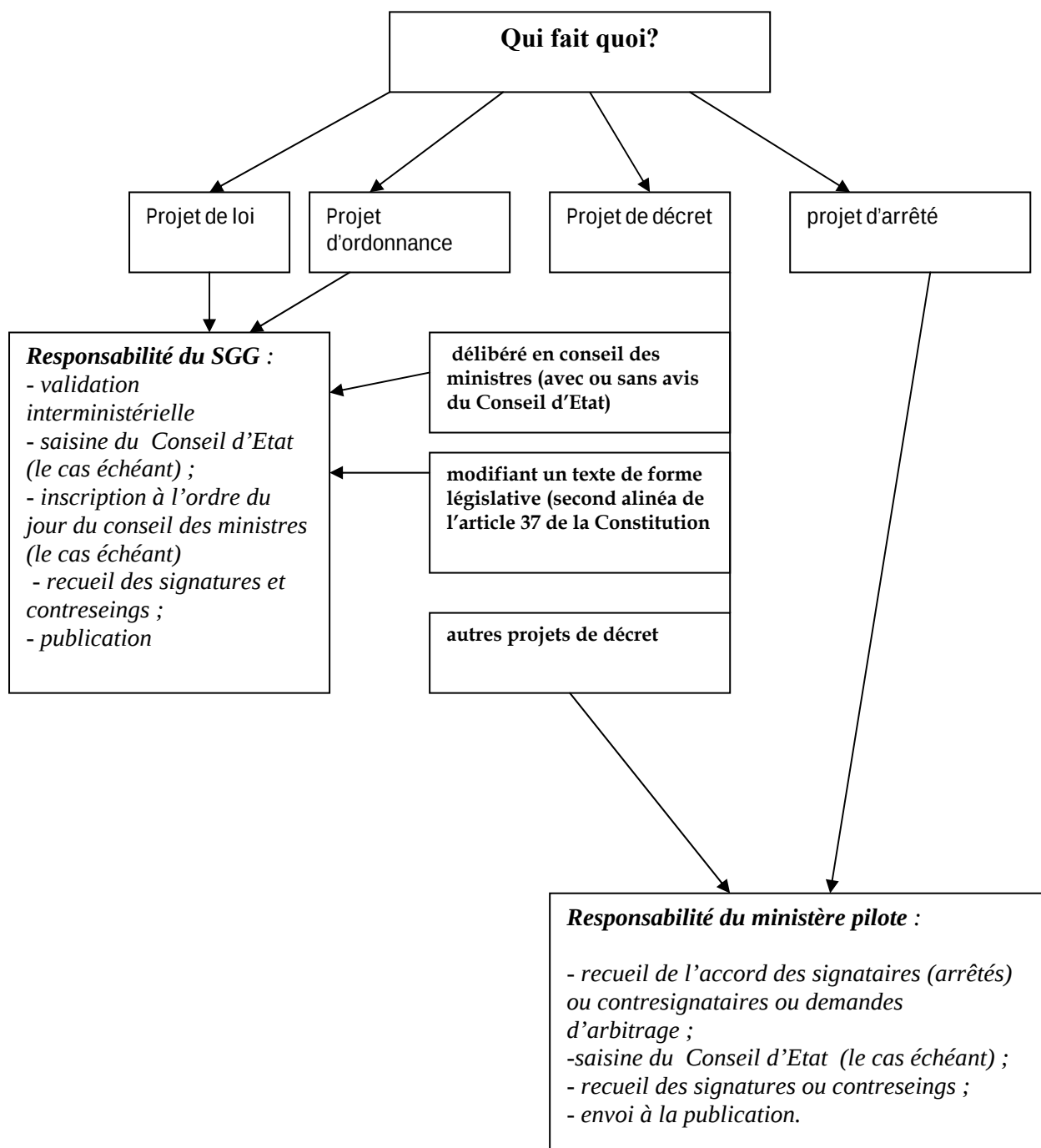
FICHE 5.1.1
QUESTIONS DE CONCEPTION



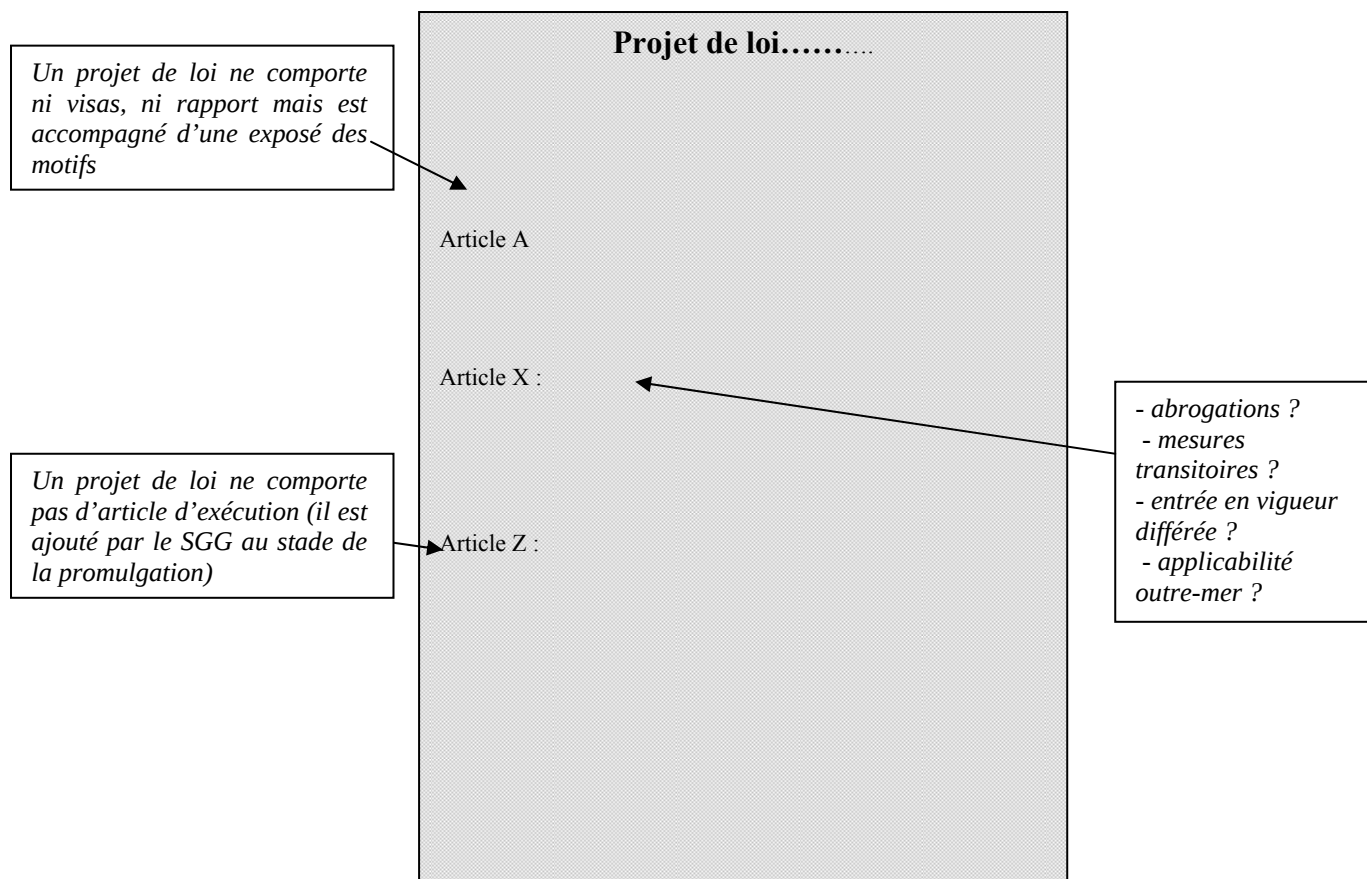
FICHE 5.1.2 QUESTIONS DE COMPETENCE



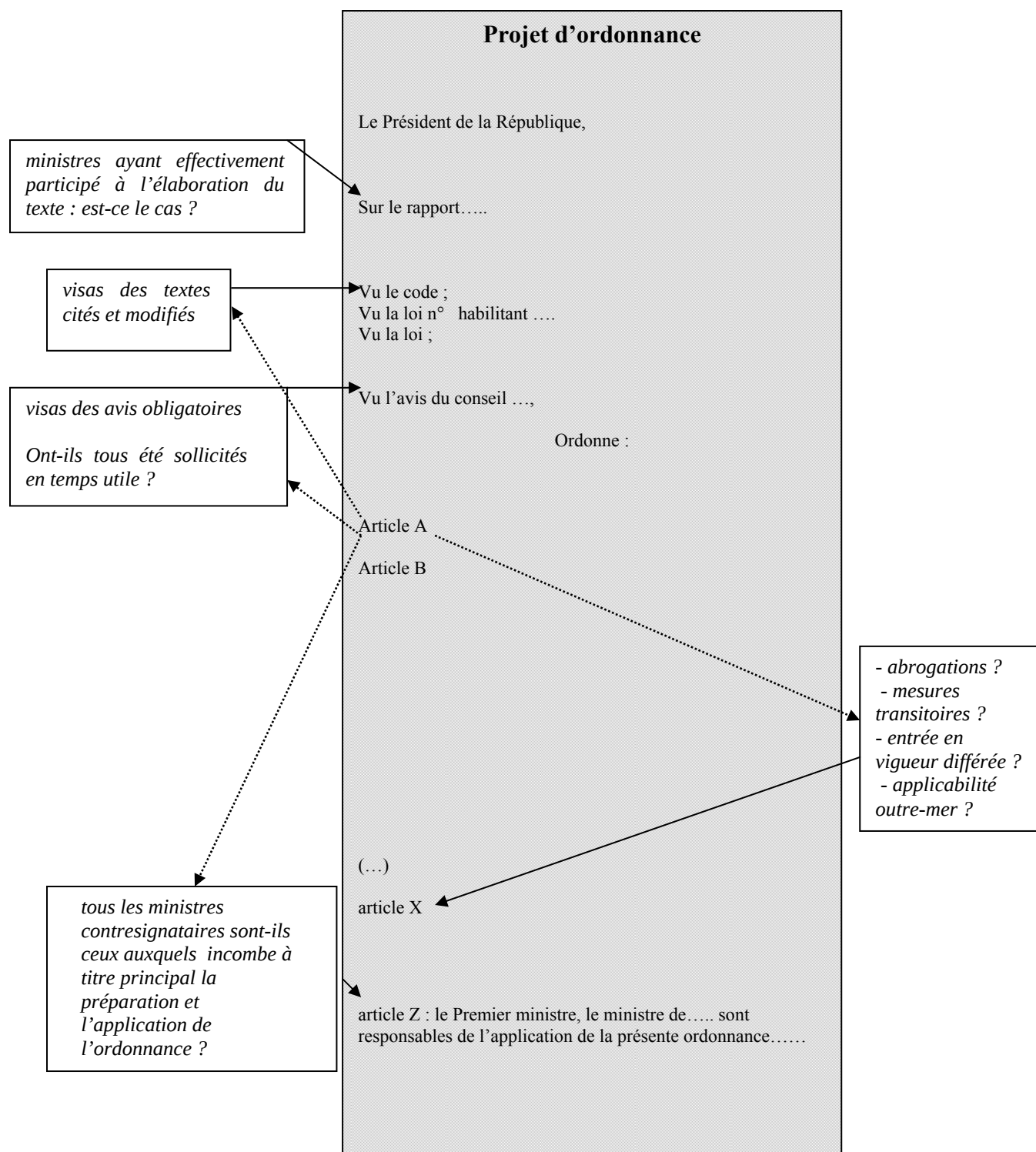
FICHE 5.1.3
QUESTIONS DE PROCEDURE



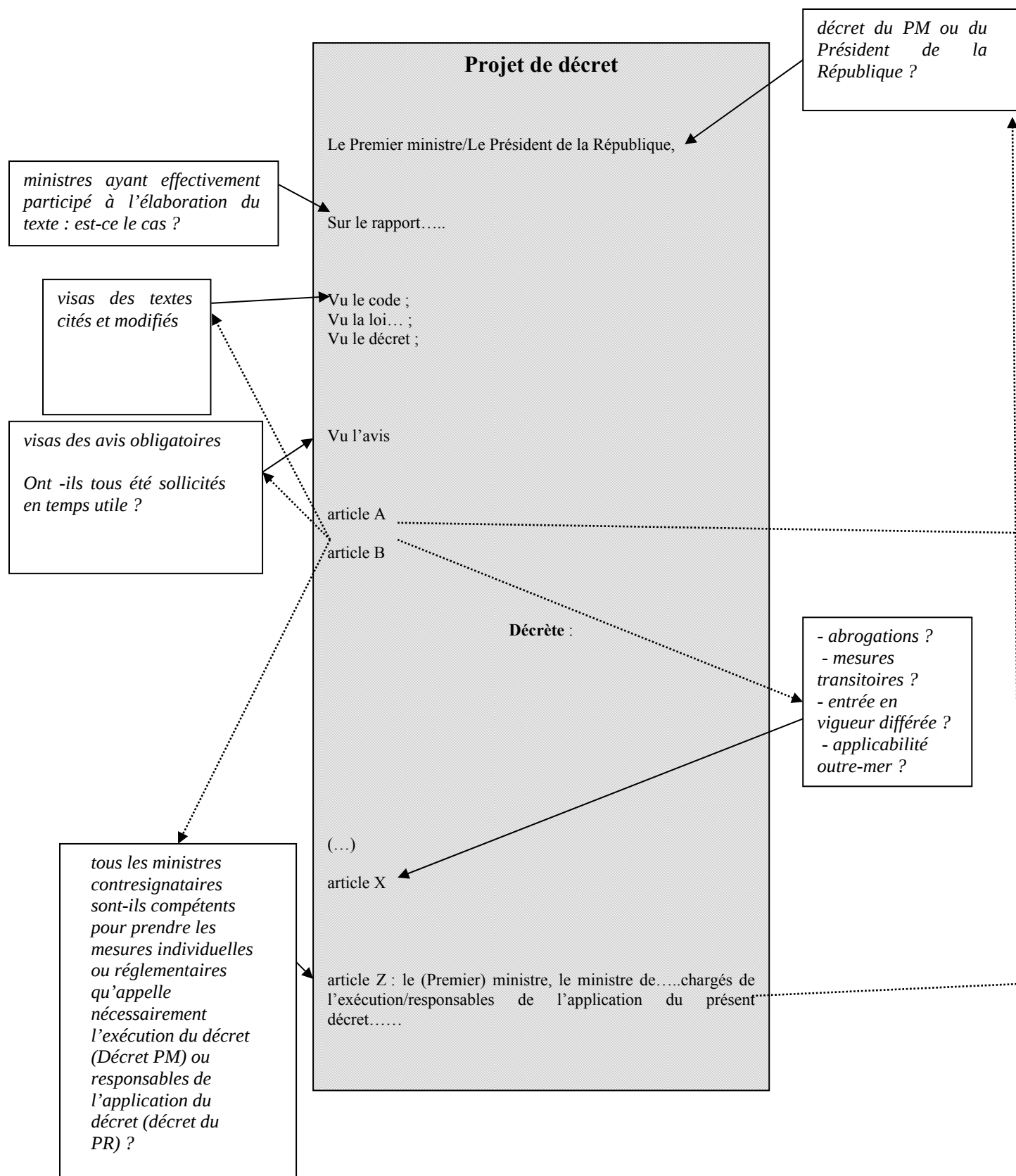
FICHE 5.1.4
QUESTIONS DE COHERENCE ET D'EFFICACITE
(projet de loi)



FICHE 5.1.5
QUESTIONS DE COHERENCE ET D'EFFICACITE
(projet d'ordonnance)



FICHE 5.1.6
QUESTIONS DE COHERENCE ET D'EFFICACITE
(projet de décret)



FICHE 5.2.1

L'ORGANISATION DES SERVICES DE L'ÉTAT

En vertu de l'article 1-1 du décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992 portant charte de la déconcentration, les administrations civiles de l'État se composent, d'une part, d'administrations centrales et de services à compétence nationale, d'autre part, de services déconcentrés.

Ce même décret pose le principe selon lequel la déconcentration est la règle générale de répartition des attributions et des moyens entre ces différents échelons (article 1^{er}) et précise, en application de ce principe, que « *sont confiées aux administrations centrales et aux services à compétence nationale les seules missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial* ».

La compétence des services déconcentrés étant le droit commun, le décret du 1^{er} juillet 1992 se borne à définir la compétence d'attribution des administrations centrales (article 3) et des services à compétence nationale (article 4). Conformément au principe général d'interprétation des textes, cette compétence d'attribution doit être entendue restrictivement.

Il est rappelé que l'organisation des services relevant du pouvoir réglementaire, la mention, dans une disposition législative, des fonctions administratives ou de services déterminés est formellement déconseillée.

I. L'organisation des administrations centrales

L'organisation des services d'administration centrale est régie par le décret n° 87-389 du 5 juin 1987 (JO du 17 juin 1987) tel que modifié par le décret n° 2005-124 du 14 février 2005 et par la circulaire du 9 mai 1997 relative aux règles d'organisation des administrations centrales et des services à compétence nationale et de délégation de signature des ministres (JO du 10 mai 1997). Cette circulaire s'est substituée à la circulaire du 15 juin 1987.

A. Niveau du texte

- Un décret en Conseil d'État fixe l'organisation de l'administration centrale de chaque ministère en directions générales et en directions. Les services y figurent également lorsque, comme c'est en principe le cas, ils sont directement rattachés au ministre ; les délégations générales sont assimilées aux directions générales ; les directions rattachées à une direction générale relèvent comme les directions autonomes du décret en Conseil d'État ; il en va de même des délégations ; les autres structures administratives directement rattachées aux ministres (inspections générales par exemple) relèvent également du décret en Conseil d'État.

Ce décret est contresigné par le ministre intéressé et par le ministre chargé de la réforme de l'État.

- Un arrêté du ministre intéressé fixe l'organisation des directions générales, directions et services des administrations centrales en sous-directions et l'organisation interne des sous-directions.

B. Règles de fond

Celles-ci sont rappelées par la circulaire du 9 mai 1997, à laquelle il convient naturellement de se reporter. Il paraît néanmoins utile de souligner certaines règles essentielles.

1°) Compétences des administrations centrales

Le décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992 portant charte de la déconcentration, modifié notamment par le décret n° 97-463 du 9 mai 1997, pose le principe selon lequel sont confiées aux administrations centrales (ainsi qu'aux services à compétence nationale) les seules missions présentant un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial.

Dans ce cadre, les administrations centrales assurent un rôle de conception, d'animation, d'orientation, d'évaluation et de contrôle.

2°) Articulation avec la nomenclature des emplois budgétaires

Une direction, un service ou une sous-direction ne peuvent être créés que si l'emploi budgétaire correspondant de directeur, de chef de service ou de sous-directeur existe.

3°) Principes généraux

On respectera notamment les principes suivants :

- l'organigramme doit être considéré comme un moyen de conduire les politiques publiques dont le ministère a la charge et conçu dans la perspective des délégations de signature dont il est appelé à être le support ;

- l'organisation des administrations centrales doit tendre à répartir les attributions entre quelques grandes unités homogènes aux compétences bien définies ;

- la constitution de circuits d'information simples et cohérents doit être favorisée ; cela doit conduire à réduire le nombre des niveaux hiérarchiques et à éviter le morcellement des attributions entre des unités trop nombreuses et ne disposant pas d'une capacité d'expertise ou de gestion suffisante.

C. Règles de rédaction

- Le principe est que chaque ministère doit être doté d'un texte général d'organisation, définissant les attributions des directions générales et des directions ainsi que des services rattachés directement au ministre. Ce texte est, comme il a été dit ci-dessus, un décret en Conseil d'État. À défaut d'un texte général unique et à titre provisoire, il est procédé par des décrets en Conseil d'État propres aux entités créées ou aménagées.

- Le décret en Conseil d'État doit comporter obligatoirement le visa du décret n° 87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale, le visa du décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992 portant charte de la déconcentration ainsi que le visa de l'avis du CTP consulté : Il peut, en outre, comporter en tant que de besoin, le visa d'autres décrets en Conseil d'État dont il serait fait, en l'espèce, mention ou application.

Lorsque le décret d'organisation porte sur des directions ayant des services déconcentrés, il y a lieu de viser la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

La pratique consistant à viser les décrets d'attribution des ministres ou les décrets de délégation des ministres délégués et des secrétaires d'État doit être proscrite.

- Le dispositif du décret d'organisation doit obéir aux règles suivantes :

* Cas général (un décret unique relatif à l'organisation d'ensemble d'une administration centrale)

Il est d'usage de mentionner les directions ayant une vocation horizontale avant celles ayant une vocation sectorielle. Au sein de ces deux sous-groupes, il convient de définir les missions des directions générales avant celles des autres directions ou délégations. Entre les directions, il est possible de retenir indifféremment l'ancienneté de leur création ou l'ordre alphabétique de leur dénomination.

On réserve habituellement le qualificatif de « générale » aux directions ou délégations d'une importance particulière au sein du ministère en termes d'attributions et d'effectifs notamment à celles dotées de services déconcentrés.

Le décret ne doit pas se borner à dénommer les directions et services mais doit également en préciser les missions et attributions, sans toutefois s'égarer dans une fastidieuse énumération du détail de celles-ci.

La définition des missions des différents corps d'inspection rattachés à une administration centrale n'a pas à être détaillée dans le décret d'organisation du ministère. Il peut cependant en aller autrement si une inspection générale n'est pas constituée sous la forme d'un corps doté d'un statut particulier.

* Cas particulier (absence d'un décret général d'organisation)

Le décret créant la structure doit être rédigé comme suit :

« Article 1^{er} : *Il est créé au sein du ministère.....une direction.....*

Article 2 : *La direction.....est chargée de..... ».*

Le décret réorganisant une direction existante pourra utiliser la formule plus directe :

« Article 1^{er} : *La direction est chargée de*

On se reportera utilement pour un exemple au décret n°2004-822 du 18 août 2004 relatif à l'organisation et aux missions de l'administration centrale du ministère de la culture et de la communication.

D. Règles de consultation

Les projets de décret et d'arrêté relatifs à l'organisation des administrations centrales doivent être soumis à l'avis des comités techniques paritaires (CTP) compétents en vertu des dispositions des articles 12 et 13 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires.

L'article 13 de ce décret précise que le CTP ministériel examine les questions intéressant l'ensemble des services centraux et extérieurs du département ministériel considéré et que le CTP central institué auprès du directeur du personnel et de l'administration centrale examine les questions intéressant l'ensemble des services centraux du département ministériel considéré.

1°) Consultations obligatoires

a) Projets de décrets

Trois hypothèses doivent être distinguées selon le contenu de ces projets :

- quand la direction générale ou la direction en cause comporte des services déconcentrés, le CTP ministériel est seul compétent pour examiner le projet de décret ;

- quand la direction générale ou la direction ne comporte pas de services déconcentrés, le CTP central est seul compétent pour examiner le projet de décret même si la nouvelle direction d'administration centrale entretient des relations fonctionnelles avec les services déconcentrés d'autres directions ;

- quand un projet de décret organisant la structure de l'ensemble d'un département ministériel comprend des directions comportant des services déconcentrés et d'autres n'en comportant pas, doivent être consultés à la fois le CTP ministériel et le CTP central.

Ainsi, hormis le cas où l'avis du CTP ministériel se justifie pour d'autres motifs, le projet de décret modifiant l'organisation d'une administration centrale ne doit être soumis à ce CTP que si les dispositions qu'il contient sont susceptibles d'affecter également l'organisation et le fonctionnement des services déconcentrés. En revanche, la seule circonstance qu'un projet de décret modifie les attributions d'une direction d'administration centrale en lui confiant la responsabilité « d'assister les autres directions d'administration centrale dans la déconcentration de leur missions » ne suffit pas à justifier la consultation du CTP ministériel. Dans un tel cas, la consultation du seul CTP central doit être regardée comme obligatoire.

Par ailleurs, lorsque le décret ne concerne qu'une direction générale ou direction et que celle-ci est dotée d'un CTP central, c'est celui-ci qui doit être consulté et non celui placé auprès du directeur du personnel.

b) Projets d'arrêtés ministériels

Les règles à suivre sont différentes : ces projets doivent être soumis au CTP central institué auprès du directeur du personnel compétent, pour examiner les questions intéressant l'ensemble des services centraux du département ministériel considéré, sauf si les directions générales et directions concernées sont elles mêmes dotées de comités techniques centraux ; dans ce cas, en vertu du 3° de l'article 13 du décret du 28 mai 1982, ce sont ces seuls comités techniques centraux qui doivent à être consultés.

2°) Consultations facultatives

Les principes qui viennent d'être rappelés ne font bien sûr pas obstacle à ce que des consultations soient effectuées à titre facultatif en plus de celle qui est obligatoire.

Dans cette hypothèse, toutefois, le décret ou l'arrêté ne doivent pas viser les avis des comités dont la consultation n'était pas juridiquement requise.

II. L'organisation des services à compétence nationale

La catégorie juridique des services à compétence nationale, distincte de celle des administrations centrales, et des services déconcentrés, a été instituée par le décret n° 97-464 du 9 mai 1997 (J.O. du 10 mai 1997), modifié par le décret n° 2005-124 du 14 février 2005.

A Niveau du texte

La création des services à compétence nationale relève soit d'un décret en Conseil d'État, lorsqu'ils sont placés directement sous l'autorité d'un ministre, soit d'un arrêté du ministre intéressé, lorsqu'ils sont placés auprès d'un directeur, d'un chef de service ou d'un sous-directeur et n'exercent pas de compétences par délégation du ministre.

Un service à compétence nationale peut être commun à plusieurs directions d'un même ministère. Il est alors créé par arrêté ministériel dans les conditions qui viennent d'être rappelées.

B. Règles de fond

Aux termes de l'article 1^{er} du décret du 9 mai 1997, les services à compétence nationale peuvent se voir confier des fonctions de gestion, d'études techniques ou de formation, des activités de production de biens ou de prestation de services, ainsi que toute autre mission à caractère opérationnel, dès lors que ces missions n'entrent pas dans le rôle des administrations centrales et ne peuvent être déconcentrées aux services territoriaux.

Les principes régissant l'organisation et la gestion des services à compétence nationale sont précisés dans la circulaire du Premier ministre du 9 mai 1997 (J.O. du 10 mai 1997) à laquelle il convient de se référer.

C. Règles de rédaction

- Le texte relatif à un service à compétence nationale doit définir son rattachement, sa mission, son organe de direction ainsi que son organisation interne.

- Les textes d'organisation des ministères doivent distinguer clairement les dispositions régissant les administrations centrales et celles régissant les services à compétence nationale.

- Le décret ou l'arrêté régissant un service à compétence nationale doit viser le décret n° 87-389 du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale, le décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992 portant charte de la déconcentration ainsi que le décret n° 97-964 du 9 mai 1997 relatif à la création et à l'organisation des services à compétence nationale. Il doit également viser, selon le cas, le décret d'organisation du ministère ou le décret relatif à l'organisation de la direction d'administration centrale à laquelle le service à compétence nationale est rattaché.

D. Règles de consultation

Les projets de décret ou d'arrêté relatifs à l'organisation des services à compétence nationale doivent être soumis à l'avis des comités techniques paritaires compétents en vertu des

dispositions des articles 12 et 13 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires.

La détermination du comité technique compétent obéit aux mêmes principes que ceux applicables à l'organisation des administrations centrales (voir supra).

E. Exemples

1°) Service rattaché à un directeur

- arrêté du 5 mars 2001 érigeant l'Ecole nationale des greffes en service à compétence nationale (JO. du 25 mars 2001 p. 4701) ;

- arrêté du 5 juillet 2001 portant création de l'Institut de la gestion publique et du développement économique (JO. du 6 juillet 2001 p. 10777)

2°) Service rattaché à deux directeurs

arrêté du 12 novembre 2001 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Programme Copernic » chargé de la mise en place du système d'information relatif au compte fiscal simplifié (JO. du 13 novembre 2001 p. 18024)

3°) Service rattaché à un sous-directeur

arrêté du 4 janvier 2000 érigeant le laboratoire de recherche des monuments historiques en service à compétence nationale (JO. 12 janvier 2000 p. 504).

III. L'organisation des services déconcentrés

A. Principes et règles applicables

Le décret n° 92-604 du 1^{er} juillet 1992 modifié portant charte de la déconcentration (JO. du 4 juillet 1992) fixe les rôles respectifs des échelons déconcentrés de l'État : région (art. 3), département (art. 4), arrondissement (art. 5). L'échelon départemental est l'échelon de droit commun de la mise en œuvre des politiques gouvernementales.

Il n'existe pas de décret général relatif à l'organisation des services déconcentrés. Chaque ministère est organisé de façon particulière et le niveau des textes n'est pas homogène. En effet, en l'absence d'un décret général, il appartient aux ministres, chefs de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement des administrations placées sous leur autorité (CE, Section, 7 février 1936, Jamart). Au nombre de ces mesures nécessaires figurent les actes d'organisation et ceux-ci prennent la forme soit d'un décret, soit d'un arrêté.

Le pouvoir général d'organisation reconnu aux ministres doit cependant être concilié avec les compétences attribuées aux préfets par le décret n° 2004-734 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements. Dépositaires de l'autorité de l'État dans ces circonscriptions, les préfets dirigent, sous l'autorité des ministres, les services déconcentrés de l'État. En vertu de l'article 16 de ce décret et sous réserve d'exceptions énumérées à son article 33, ils ont seuls qualité pour recevoir les délégations des ministres et les pouvoirs de décision relatifs aux attributions des services déconcentrés.

Par ailleurs, en vertu de l'article 26 du décret du 29 avril 2004 et sous réserve des exceptions mentionnées à son article 33, le préfet arrête l'organisation fonctionnelle et territoriale

des services déconcentrés placés sous son autorité, conformément aux orientations des ministres dont ils relèvent et après avoir recueilli l'avis des chefs des services intéressés. L'article 25 du même décret prévoit qu'à ce titre, le préfet, comme les ministres, peut proposer la fusion de services ou parties de services déconcentrés concourant à la mise en œuvre d'une même politique. La fusion est, dans toutes ces hypothèses, décidée par décret pris sur le rapport des ministres intéressés et des ministres chargés du budget, de la fonction publique et de la réforme de l'État, après avis des comités techniques paritaires compétents, c'est-à-dire, d'une part, des comités techniques paritaires locaux concernés, lorsque la fusion est circonscrite à certains départements ou régions et, d'autre part, des comités techniques paritaires ministériels.

Il est précisé que le pouvoir attribué par l'article 26 du décret du 29 avril 2004 aux préfets d'arrêter l'organisation fonctionnelle et territoriale des services placés sous leur autorité, en revanche, s'il concerne l'organisation et les procédures internes à ces services, doit respecter le cadre général d'organisation résultant des règlements d'organisation pris au niveau ministériel et applicables à ces services.

Enfin et à l'égard de l'ensemble des services déconcentrés des administrations civiles de l'État, y compris les services dont les missions sont énumérées à l'article 33 du décret du 29 avril 2004, les préfets disposent du pouvoir de prendre les mesures d'organisation transversale nécessitées par les besoins de la coopération administrative :

- désignation de chefs de projet (article 27)
- constitution de pôles de compétence (article 28)
- création de délégations interservices (article 29)

En outre, l'article 34 du même décret prévoit qu'au niveau régional, des regroupements fonctionnels, dénommés pôles régionaux de l'État, peuvent être mis en place. La composition de ces pôles est fixée par décret.

B. Exemples

1°) Textes d'organisation des services déconcentrés d'un ministère

- décret n° 94-1166 du 28 décembre 1994 relatif à l'organisation des services déconcentrés du ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ;
- décret n° 86-538 du 14 mars 1986 relatif aux attributions et à l'organisation des directions régionales des affaires culturelles.

2°) Textes d'organisation des services déconcentrés d'une direction

- décret n° 2000-738 du 1^{er} août 2000 relatif à l'organisation des services déconcentrés de la direction générale des impôts ;
- décret n° 2003-734 du 1^{er} août 2003 portant création et organisation des services déconcentrés de la direction centrale de la police aux frontières.

3°) Textes d'organisation propres à une circonscription territoriale

- décret n° 86-1169 du 31 octobre 1986 relatif à l'organisation des services déconcentrés du ministère de l'agriculture dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion.

FICHE 5.2.2

CREER, MODIFIER OU SUPPRIMER UN ORGANISME CONSULTATIF

La création d'un organisme consultatif (commission, comité, observatoire,...) doit avoir pour but d'éclairer l'autorité qui détient le pouvoir de décision et de faciliter la compréhension de la décision par les personnes intéressées.

L'expérience montre cependant que la multiplication de telles instances n'est pas la marque d'une bonne administration. En effet, au-delà de l'intérêt politique ou psychologique supposé que peut comporter l'annonce de leur création, leur utilité réelle est souvent modeste dans la durée, tandis que leurs inconvénients ne doivent pas être sous-estimés : dilution des responsabilités qui peut en résulter, temps qu'elles prennent à ceux qui y participent, délais supplémentaires qu'elles induisent dans le processus de décision, risque d'illégalité de cette dernière si la consultation n'a pas été conduite régulièrement.

Ceci explique qu'une suppression des commissions administratives soit périodiquement entreprise dans le cadre des politiques de simplification administrative et de réforme de l'Etat ; c'est le cas en dernier lieu des lois du 2 juillet 2003 et du 9 décembre 2004 de simplification du droit, qui ont habilité le Gouvernement à « réduire le nombre » des commissions administratives, organismes collégiaux consultatifs et observatoires par des ordonnances pris en application de l'article 38 de la Constitution.

Dès lors il est impératif, avant de prendre un texte instituant un nouvel organisme consultatif, de se poser deux questions :

- est-il indispensable de donner une forme institutionnelle et permanente à la consultation ou à la concertation que l'on souhaite mener ? Il est rappelé à cet égard qu'il est toujours loisible à un ministre ou à une autorité administrative centrale ou déconcentrée de prendre l'initiative d'organiser une ou plusieurs réunions ayant un tel objet, en invitant à y participer toute personne dont l'avis peut être utile ;

- n'existe-t-il pas déjà une instance pouvant fournir le cadre que l'on souhaite, le cas échéant au prix d'un ajustement de ses attributions, de sa composition ou de son mode de fonctionnement ?

I. Niveau de texte

Un organisme consultatif ne peut se prononcer régulièrement que si son existence est légale. Il doit être institué par l'autorité compétente et, le cas échéant, selon les procédures prescrites.

L'institution d'une procédure de consultation facultative ou obligatoire dans l'exercice par l'Etat de l'une de ses compétences est un élément de la procédure administrative non contentieuse et relève par suite du domaine réglementaire, de même que la définition de la composition, des attributions et du fonctionnement de l'organisme créé à cet effet. En revanche, relèvent du domaine de la loi la création et l'organisation d'instances, le cas échéant sous forme d'autorités administratives indépendantes, auxquelles est attribué le pouvoir de prendre des

décisions individuelles ou réglementaires ou de prononcer des sanctions ; mais il ne s'agit alors plus d'organismes consultatifs.

S'agissant de ces derniers, on considère que leur création doit être prévue par la loi dans les cas où ils ont pour objet de garantir le respect d'un principe relevant lui-même du domaine de la loi (droits civiques et libertés publiques, garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires, libre administration des collectivités territoriales...) ou plus généralement lorsque leur intervention touche à un tel principe (par exemple en imposant des sujétions de procédure aux collectivités territoriales). C'est ainsi, notamment, que l'existence des commissions administratives paritaires et des comités techniques paritaires est prévue par la loi (pour la fonction publique de l'Etat, articles 12, 14 et 15 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984) ; de même l'existence d'une commission dont la consultation est requise avant l'expulsion d'un étranger, sauf urgence absolue, relève de la loi (article L.522-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) ; a été également regardée comme relevant de la loi la création de la commission nationale du débat public, car cette commission peut être amenée à traiter de projets des collectivités territoriales (articles L.121-1 et suivants du code de l'environnement). Si l'institution de telles instances relève de la loi, leurs règles d'organisation et de fonctionnement restent du domaine réglementaire (Voir pour la commission nationale du débat public, la décision du Conseil constitutionnel n° 99-184 L du 18 mars 1999).

Cependant, il est à signaler que dans des décisions récentes (n° 98-183 L du 5 mai 1998 ; n° 2003-194 L du 22 mai 2003), le Conseil constitutionnel a paru s'orienter vers une conception plus restrictive du domaine de la loi, selon laquelle l'intervention du législateur ne serait juridiquement nécessaire que dans l'hypothèse où l'avis émis par l'instance consultative en cause lie l'autorité compétente dans son pouvoir de décision (par exemple lorsque la décision doit être prise sur proposition ou sur avis conforme) et que cette décision touche à une matière relevant du domaine de la loi. La portée exacte de l'inflexion de jurisprudence qui en résulterait pas rapport à des décisions antérieures (n°92-170 L du 8 décembre 1992 ; n° 99-184 L du 18 mars 1999) reste encore incertaine.

Par ailleurs, la circonstance qu'est prévue la participation d'élus locaux dans une commission administrative ne justifie par elle-même le recours à la loi (Conseil d'Etat, AG, 13 février 1997).

La préparation des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale étant régies par la loi organique en application des articles 34, 47 et 47-1 de la Constitution (voir fiches 1.3.4, 1.3.5 et 2.2.8), seules peuvent avoir un caractère obligatoire pour un projet de loi de finances ou un projet de loi de financement de la sécurité sociale les procédures de consultation prévues par un texte de ce niveau.

Lorsque la création d'un organisme consultatif relève du domaine réglementaire, il appartient en principe au décret d'y procéder.

Toutefois, un ministre peut, par arrêté, instituer auprès de lui un organisme consultatif dès lors que ses attributions n'excèdent pas le champ des compétences de ce ministre et qu'aucune disposition législative ne s'y oppose. Il convient toutefois de créer par décret les organismes qui réunissent des représentants des différents ministères et administrations et touchent, de ce fait, à l'organisation du travail interministériel. En outre, une disposition législative qui renvoie ses modalités d'application à un décret en Conseil d'Etat fait obstacle à ce qu'un ministre institue par arrêté un organisme chargé de lui donner des avis sur les mesures d'application de cette disposition (CE 28 juillet 1999 Syndicat des psychiatres des hôpitaux).

Le texte instituant un organisme consultatif précise l'autorité auprès de laquelle cet organisme est placé. Il s'ensuit, sans qu'il soit besoin de l'explicitier, que le secrétariat de

l'organisme est assuré par les services de cette autorité et que ses frais de fonctionnement sont supportés par le budget dont dispose cette autorité. A défaut de désigner l'autorité auprès de laquelle est placé l'organisme, il faut prévoir qui assure les tâches de secrétariat et supporte les frais de fonctionnement.

II. Composition et fonctionnement

Un organisme consultatif doit, pour se prononcer valablement, être réuni dans des conditions régulières.

Il revient au texte instituant l'organisme de définir les catégories de membres le composant, le nombre de ses membres et les modalités de leur désignation ou nomination ainsi que, le cas échéant, la durée de leur mandat.

Si la participation de parlementaires est estimée nécessaire, ce qui doit rester un cas exceptionnel dans un organisme placé auprès du pouvoir exécutif, il y a lieu, en principe de prévoir un nombre égal de députés et de sénateurs. S'agissant de leur mode de désignation, il est d'usage de laisser le soin à l'assemblée parlementaire à laquelle ils appartiennent respectivement de définir les modalités de leur désignation. Dans une telle hypothèse, il suffit de mentionner dans la liste des membres « un député et un sénateur », sans autre précision. Il existe toutefois des précédents prévoyant une désignation par le président de chaque assemblée.

En cas de remplacement d'un membre défaillant ou démissionnaire, il faut prévoir une disposition expresse pour limiter le mandat du nouveau membre à la durée du mandat restant à courir.

Il est souhaitable de préciser que les personnes désignées en raison du mandat électif qu'elle détienne (national ou local) voient leurs fonctions dans l'organisme consultatif prendre fin au terme de ce mandat.

Il ne peut y avoir de suppléance sans texte (CE Ass. 25 octobre 1957, Société du Parc d'essence de Chambry ; CE, 6 mars 1968, Société d'Affichage Giraudy). Un tel remplacement est toutefois possible, en l'absence de disposition relative à la suppléance, si la représentation d'une administration est assurée par un fonctionnaire y exerçant des fonctions sans autre précision. Il est donc hautement souhaitable pour garantir le bon fonctionnement de l'organisme de prévoir en ce qui concerne sa composition des désignations es qualités. On évitera en particulier la formule « un représentant du ministre... » pour lui préférer la référence au directeur d'administration centrale compétent. Les membres nommés intuitu personae n'ont en principe pas de suppléant : c'est le cas notamment des personnalités qualifiées.

Seules des dispositions expresses permettent que l'organisme se réunisse, en dehors des séances plénières, dans des formations particulières selon la question à traiter. Il peut être renvoyé au règlement intérieur le soin de préciser les modalités de cette organisation mais il convient en toute hypothèse de prévoir des garanties de bon fonctionnement et d'équilibre dans la représentation des intérêts au sein de ces formations particulières. De façon générale, on se gardera de renvoyer trop largement au règlement intérieur le soin de fixer les modalités de fonctionnement de l'organisme, l'autorité compétente pour créer l'organisme ne pouvant déléguer cette compétence que dans une mesure limitée (voir fiche 3.5.2.). Il a notamment été jugé qu'un règlement intérieur ne pouvait sans habilitation expresse fixer une règle de quorum (CE, 19 février 2003 Bresillon).

Il est rappelé qu'en l'absence de dispositions explicites en ce sens, le président d'un organisme collégial ne peut se prévaloir d'une voix prépondérante en cas de partage égal des voix,

une telle règle ne résultant d'aucun principe général du droit, ni d'aucune règle générale de procédure (CE, 9 décembre 2005, Assemblée nationale).

La participation aux travaux d'un organisme consultatif n'ouvre pas droit, en principe, à rémunération. Il peut être utile de prévoir explicitement que les membres ont droit au remboursement des frais de déplacement et de séjour qu'ils ont effectivement supportés, ce remboursement étant alors alloué « dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires applicables aux fonctionnaires civils de l'Etat ».

III. Portée et organisation de la consultation

Pour les modalités de consultation d'un organisme ou d'une commission existants, voir fiche 2.1.2 consultations préalables.

A. Portée

1°) La consultation facultative

La consultation sera facultative lorsque les dispositions du texte auront laissé l'autorité compétente libre d'y procéder ou non (exemple « la commission peut être saisie/consultée » ou en l'absence de disposition du texte la prévoyant.

2°) La consultation obligatoire

Il convient de définir, avec précision, dans le texte créant l'organisme consultatif, les cas où l'autorité administrative est tenue de recueillir son avis, en évitant les formulations qui laisseraient place à interprétation. La consultation d'un même organisme peut être obligatoire ou facultative selon la question traitée ou la nature du texte envisagé mais de telles distinctions doivent être clairement énoncées.

3°) L'avis conforme

L'autorité administrative n'est tenue de suivre l'avis que si le texte prévoit expressément un avis conforme ou une décision « sur proposition de ». On considère qu'un avis conforme est requis si le texte prévoit des mesures à prendre « avec l'accord » de tel organisme consultatif (CE Sect. 1er octobre 1954, Py) mais il est évidemment préférable si l'on souhaite instaurer une telle procédure, qui doit toutefois rester exceptionnelle, d'utiliser l'expression « avis conforme ».

B. Organisation

1°) La convocation et le quorum

Il est souhaitable que le texte instituant l'organisme définisse les règles de convocation et de quorum. Dans le cas contraire, il sera fait application de l'article 11 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 s'agissant des organismes collégiaux placés auprès des autorités de l'Etat et des organes des établissements publics administratifs de l'Etat (à l'exception de ceux intervenant en matière de gestion du personnel). Il ne peut y avoir consultation régulière en dehors d'une séance de l'organisme.

Si le quorum, qui est le nombre minimum de membres présents ou régulièrement représentés nécessaire pour la tenue d'une séance, n'est pas fixé par le texte, s'appliquera soit l'article 12 du même décret du 28 novembre 1983, selon lequel le quorum est atteint lorsque la moitié des membres titulaires de l'organisme (CE 17 juin 1985 Konqui), soit, en l'absence de toute

disposition explicite, la règle selon laquelle le quorum est égal à la moitié des membres présents ou représentés (CE Ass., 18 avril 1969 Meunié).

Sauf disposition contraire, la participation aux travaux de l'organisme de personnes étrangères à celui-ci peut vicier l'avis émis si cette présence a été de nature, « eu égard à la composition de cet organisme, à son objet et aux conditions dans lesquelles il a délibéré » à influencer les membres de l'organisme (CE Ass. 18 avril 1969 Meunié ; CE Ass. 27 février 1970 Union des chambres syndicales d'affichage).

2°) Les questions soumises pour avis

Il importe que le texte instituant un organisme consultatif définisse ses attributions en déterminant précisément l'objet des questions qui doivent ou peuvent lui être soumises.

3°) Le délai de réponse

Il faut définir le délai imparti à l'organisme pour se prononcer une fois qu'il a été saisi d'une question. Il peut être utile de préciser le sens à donner au silence gardé par l'organisme à l'expiration de ce délai.

IV. Application dans le temps

Lorsque un texte institue ou modifie un organisme dont la consultation est rendue obligatoire, il faut veiller à la sécurité juridique des procédures en cours. La régularité d'une procédure consultative s'apprécie à la date d'intervention de la décision. A défaut de dispositions transitoires différant la date d'application de la nouvelle prescription, l'absence de consultation rendrait illégales les décisions prises après l'entrée en vigueur des dispositions instituant l'obligation de consultation.

De même, en cas de modification des attributions ou des règles de composition d'un organisme consultatif, il importe de régler explicitement le sort des membres dont le mandat est en cours.

ANNEXE

Exemple de décret créant un organisme consultatif

Décret n° 2003-447 du 19 mai 2003
portant création du Conseil national des parcs et jardins

Le Premier ministre,
Sur le rapport du ministre de la culture et de la communication,
Vu le code de l'environnement ;
Vu la loi du 31 décembre 1913 modifiée sur les monuments historiques ;
Vu le décret n° 82-394 du 10 mai 1982 modifié portant organisation du ministère de la culture ;
Vu l'avis du comité technique paritaire de la direction de l'architecture et du patrimoine en date du 25 février 2003,

Décrète :

Article 1er : Il est créé, auprès du ministre chargé de la culture, un Conseil national des parcs et jardins qui a pour mission de conseiller le ministre dans les domaines de la connaissance, de la protection, de l'entretien, de la restauration, de la promotion et de la création des parcs et jardins de France, sous réserve des compétences propres de la Commission supérieure des monuments historiques.

Le Conseil national des parcs et jardins contribue à la concertation entre les pouvoirs publics, les propriétaires et les gestionnaires des parcs et jardins, à caractère public et privé.

Article 2 : Le Conseil national des parcs et jardins comprend, outre son président nommé par arrêté du ministre chargé de la culture :

1. Huit représentants du ministre chargé de la culture :

- a) Le directeur de l'architecture et du patrimoine ou son représentant ;
- b) Le délégué aux arts plastiques ou son représentant ;
- c) Le président du Centre des monuments nationaux ou son représentant ;
- d) Un directeur régional des affaires culturelles ou son représentant ;
- e) Un conservateur régional des monuments historiques ou son représentant ;
- f) Un jardinier en chef d'un domaine national ;
- g) Un architecte en chef des monuments historiques ;
- h) Un architecte des Bâtiments de France ;

2. Trois représentants désignés respectivement par le ministre chargé de l'agriculture, le ministre chargé de l'écologie et le ministre chargé du tourisme ;

3. Trois représentants des collectivités territoriales :

- a) Un maire désigné par le président de l'Association des maires de France ;
- b) Un président de conseil général désigné par le président de l'Assemblée des départements de France ;
- c) Un président de conseil régional désigné par le président de l'Association des régions de France ;

4. Six représentants d'associations, choisis en raison de leurs compétences dans le domaine des parcs et jardins

5. Huit personnalités qualifiées choisies en raison de leurs compétences dans le domaine des parcs et jardins.

Les membres du Conseil national des parcs et jardins autres que ceux mentionnés aux a à c du 1 sont nommés par arrêté du ministre chargé de la culture pour une durée de trois ans renouvelable.

Pour chacun des membres mentionnés au 3, un suppléant est désigné dans les mêmes conditions.

Toute vacance ou perte de la qualité au titre de laquelle ils ont été désignés donne lieu à remplacement pour la durée de mandat restant à courir, si elle survient plus de trois mois avant le terme normal de celui-ci.

Article 3 : Le Conseil national des parcs et jardins peut se faire assister par des experts qu'il désigne.

Article 4 : Le Conseil national des parcs et jardins se réunit au moins une fois par an en formation plénière sur convocation de son président portant ordre du jour. L'ordre du jour et le compte rendu de la séance précédente sont adoptés en début de séance.

Le conseil peut être convoqué en séance extraordinaire sur demande du ministre chargé de la culture.

Article 5 : Les membres du Conseil national des parcs et jardins exercent leurs fonctions à titre gratuit. Les frais de déplacement et de séjour des membres de ce conseil peuvent être pris en charge dans les conditions fixées par la réglementation applicable aux fonctionnaires de l'Etat.

Article 6 : La direction de l'architecture et du patrimoine assure le secrétariat du conseil et lui fournit les moyens matériels et financiers nécessaires à son activité.

FICHE 5.2.3 CREER, MODIFIER OU SUPPRIMER UN ETABLISSEMENT PUBLIC

I. Textes nécessaires

L'article 34 de la Constitution réserve au législateur la compétence pour fixer les règles relatives à « la création de catégories d'établissements publics ».

La détermination du texte nécessaire à la création d'un établissement public dépend, en premier lieu, du point de savoir si cet établissement peut être rattaché à une catégorie existante, une catégorie pouvant être constituée d'un seul établissement. Si la catégorie n'existe pas, une loi est nécessaire. Cette loi aura pour objet de créer l'établissement et d'en définir les règles constitutives. Inversement si l'établissement public qu'il est envisagé de créer entre dans une catégorie déjà existante, un décret suffit, à moins qu'il soit envisagé de déroger aux règles constitutives des établissements de la catégorie telles que fixées par le texte législatif l'ayant créée ou que l'intervention du législateur soit nécessaire à un autre titre, par exemple pour doter les organes dirigeants de certaines prérogatives. En effet, la circonstance que l'établissement puisse être créé par décret ne dispense évidemment pas de s'interroger sur la compétence du pouvoir réglementaire pour édicter l'ensemble des dispositions envisagées.

A. Création

Selon la jurisprudence tant du Conseil constitutionnel (n° 79-108 L du 25 juillet 1979 ; n° 79-109 L du 13 septembre 1979 ; n° 82-122 L du 25 mars 1982 ; n° 83-133 L du 12 octobre 1983 ; n° 87-150 L du 17 mars 1987 ; n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001), que du Conseil d'Etat (Ass., 24 novembre 1978, Syndicat national du personnel de l'énergie atomique CFDT ; 11 octobre 1985, Syndicat général de la recherche agronomique CFDT...) doivent être regardés comme entrant dans la même catégorie les établissements publics dont l'activité s'exerce territorialement sous la même tutelle administrative et qui ont une spécialité analogue. Une catégorie peut toutefois n'être constituée que d'un seul établissement public (Conseil constitutionnel, n° 82-127 L du 10 novembre 1982 ; n° 89-162 L du 5 décembre 1989 ; n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001).

La « même tutelle administrative » s'entend de la tutelle d'une même collectivité que ce soit l'Etat (quel que soit le ministère de rattachement), une région, un département, une commune ou un ensemble de collectivités publiques. L'analogie avec la spécialité d'établissements existants s'apprécie en fonction de l'objet et de la nature des activités des établissements publics. La pratique des sections administratives du Conseil d'Etat les conduit à déterminer les activités d'un établissement au regard de ses missions et non des moyens mis en œuvre. Cette approche qui évite de retenir une acception étroite de la notion d'activités, a pour conséquence de ne pas multiplier à l'infini les catégories. Elle est cohérente avec la volonté du pouvoir constituant de 1958 de restreindre la compétence du législateur en matière d'établissements publics.

Une catégorie peut dorénavant comprendre à la fois des établissements à caractère administratif et des établissements à caractère industriel et commercial. Par une décision n°79-108 L du 25 juillet 1979, le Conseil constitutionnel a en effet abandonné un critère retenu initialement,

tiré du caractère administratif, industriel et commercial, scientifique et technique ou autre des établissements en cause.

Exemples : Compte tenu de l'existence de nombreux autres établissements publics de formation de fonctionnaires placés sous la tutelle de l'Etat ayant une spécialité du même ordre, l'Ecole nationale supérieure des officiers de sapeurs-pompiers ne peut être regardée comme constituant une nouvelle catégorie d'établissement public. De même le Fonds de soutien à la chanson, aux variétés et au jazz appartient à la même catégorie que le Centre national du livre. Inversement le Commissariat à l'énergie atomique, établissement public créée par l'ordonnance n°45-2563 du 18 octobre 1945 et auquel ont été assignées non seulement des missions de recherche scientifique et technique, mais aussi des missions en matière de défense, de production, de transformation et de commerce de matières premières nucléaires, constitue à lui seul une catégorie.

La création d'une catégorie nouvelle d'établissements publics peut être réalisée de façon générale en dehors de la création d'un établissement public donné, laquelle interviendra dans un deuxième temps. Elle peut aussi intervenir à l'occasion d'une telle création, lorsqu'il s'avère que celle-ci, du fait notamment de la spécialité de l'établissement créé, doit s'analyser comme entraînant la création d'une catégorie nouvelle.

Le transfert à l'Etat des biens, droits et obligations d'un établissement public que l'on supprime ne nécessite pas, par lui-même, de dispositions législatives (Conseil d'Etat, avis d'Assemblée générale du 7 novembre 1996).

B. Règles constitutives

Relèvent des dispositions constitutives d'un établissement public, et donc du législateur lorsque l'établissement à créer n'est susceptible de relever d'aucune catégorie, celles qui sont relatives :

- au cadre général des missions confiées à cet établissement ;
- à la détermination des organes dirigeants, leur rôle, les conditions de leur désignation et les catégories de personnes représentées en leur sein ;
- aux catégories de ressources dont peut bénéficier l'établissement ;
- à la détermination de la collectivité de rattachement (CE, 25 octobre 2004, M.Asaro et autres) et aux rapports entre celle-ci et l'établissement (tutelle).

Dans le cas où le législateur est intervenu pour créer un établissement public et a renvoyé à un décret le soin d'en définir l'organisation et le fonctionnement, ce décret peut être compétemment pris même si l'on est en présence d'une nouvelle catégorie d'établissements et que la loi aurait en conséquence dû en fixer de manière plus précise les règles constitutives : la circonstance qu'elle soit restée en deçà de sa compétence n'entache pas d'illégalité le décret pris pour son application.

C. Nature des textes réglementaires nécessaires

Le plus souvent, la création et, à un moindre degré, la transformation d'un établissement public supposent l'intervention d'une série de textes.

S'agissant des textes réglementaires, il est le plus souvent recouru à un décret en Conseil d'Etat, que l'établissement ait été créé par la loi ou que la création elle-même de l'établissement en cause relève du domaine réglementaire.

Un décret en Conseil d'Etat est en toute hypothèse nécessaire, en dehors même des cas où cela est exigé par une loi, si l'on entend déroger à des dispositions fixées par décret en Conseil d'Etat, telles que celles du décret n° 79-153 du 26 janvier 1979 relatives à la durée du mandat des dirigeants d'établissements publics ; ce décret ayant été pris en conseil des ministres, une dérogation impliquera en outre un passage du texte en conseil des ministres. De même un décret en Conseil d'Etat est nécessaire dans les établissements publics industriels et commerciaux qui comptent moins de 200 salariés, en application de l'article 4 de la loi n°83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, pour fixer le nombre de représentants des salariés dans les conseils d'administration de ces établissements. Enfin, les conditions d'emploi et de rémunération des personnels peuvent exiger des dérogations à des règles statutaires et, donc, l'intervention, d'un décret en Conseil d'Etat.

II. Contenu du texte

Les décrets relatifs à la création d'un établissement public comportent en général trois titres consacrés respectivement aux dispositions générales, à l'organisation et au fonctionnement, au régime financier, un quatrième pouvant rassembler les dispositions diverses. L'annexe dresse la liste des principaux textes comportant des dispositions de portée générale applicables aux établissements publics de l'Etat et à leurs dirigeants.

A. Les dispositions générales

Elles comportent habituellement au moins deux articles, dont le premier détermine le caractère administratif ou industriel et commercial de l'établissement, ainsi que le ministre de tutelle, le siège de l'établissement et, le cas échéant, la collectivité de rattachement (Article 1^{er} : X (nom de l'établissement créé) *est un établissement public de l'Etat à caractère administratif (ou industriel et commercial) placé sous la tutelle du ministre chargé de Son siège est situé...*).

Conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat (16 novembre 1956 Union syndicale des industries aéronautiques), seul un établissement étant par son objet assimilable à une entreprise privée, financé principalement par les usagers et ayant des modalités d'organisation et de fonctionnement qui ne sont pas propres à l'administration, pourra être qualifié d'industriel et commercial.

Encore faut-il rappeler qu'une telle qualification par le texte institutif n'a qu'une portée relative. Le Conseil d'Etat ne se sent pas lié par elle, sauf si elle résulte d'une loi, et il peut procéder à des requalifications. De plus, il arrive fréquemment qu'un établissement public gère plusieurs services de nature différente. Dans ce cas le juge ne s'attache pas à la qualification de l'établissement, pour déterminer le régime applicable, mais à la nature du service géré. Le caractère global, administratif ou industriel et commercial de l'établissement, qui est à prendre en considération pour l'application de certains textes, est déterminé à partir de l'activité principale. Le seul fait qu'un établissement a, parmi ses missions, celle de publier et diffuser des documents, notamment en les vendant au public, ne suffit pas à le faire regarder comme ayant un caractère industriel et commercial (T.C, 15 janvier 1990, Reinhard).

La tutelle doit être confiée au ministre qui a dans ses missions le service public dont il est prévu de confier la gestion à l'établissement public. Pour le bon exercice de cette tutelle, il est déconseillé de la disperser : lorsque plusieurs ministères sont directement intéressés par l'activité d'un établissement public, leur représentation au conseil d'administration doit leur permettre de faire valoir leur point de vue et d'influencer la politique de l'organisme. En revanche, l'efficacité de la gestion d'un établissement public impose que la tutelle ne soit assurée, en principe, que par le ministre principalement intéressé par la mission confiée à l'établissement ; tout au plus pourra-t-on prévoir la tutelle conjointe de deux ministres, lorsque l'activité de l'établissement touche directement à leurs attributions respectives.

Un établissement est normalement rattaché à une personne morale, soit l'Etat (il est alors qualifié d'établissement public « *national* » ou « *de l'Etat* »), ou une collectivité territoriale (il est alors qualifié d'établissement public « *local* »), bien que ce ne soit pas une condition de son existence. Ce rattachement est à apprécier, s'il n'est pas précisé par la loi, moins au regard du ressort territorial d'activité ou de l'implantation de l'établissement qu'en fonction des relations organiques, financières et juridiques qu'il a soit avec l'Etat, soit avec une collectivité territoriale.

Le plus souvent, c'est dans un deuxième article que sont définies ensuite les missions de l'établissement public (article 2 : *l'établissement public a pour mission ...*)

Ces missions doivent être précisées avec soin ; en raison du principe de spécialité de l'établissement public, le juge administratif sanctionne l'exercice par un établissement d'activités excédant le cadre des missions qui lui ont été confiées. Dans un avis n° 356089 du 7 juillet 1994 relatif à EdF-GdF, la Section des travaux publics du Conseil d'Etat a précisé que « le principe de spécialité (...) signifie que la personne morale (...) n'a pas de compétence générale » au delà de la mission qui lui a été confiée. Il ne lui appartient pas « d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités. » Toutefois, selon le même avis, le principe de spécialité « ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques à la double condition :

- d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale (...) ou du moins connexe à ces activités ;

- d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public (...)

On ne peut donc se borner à une formule de caractère général. Ainsi, par exemple, s'agissant de l'Ecole nationale supérieure des officiers de sapeurs-pompiers, le décret n°2004-502 du 7 juin 2004 énumère de façon précise cinq missions :

« 1° *La mise en œuvre de la formation initiale et continue des officiers de sapeurs-pompiers professionnels et volontaires ;*

2° *L'organisation, en matière d'incendie et de secours, de formations destinées notamment aux élus, aux fonctionnaires, aux cadres des entreprises et aux experts français ou étrangers ;*

3° *L'animation du réseau des écoles de sapeurs-pompiers et notamment la coordination, en liaison avec les préfets de zone, des formations, des recherches et des actions de coopération assurées par ces écoles ;*

4° *La recherche, les études, l'évaluation, la prospective, la veille technologique ainsi que la diffusion de l'information y afférente dans les domaines relevant du champ de compétence des services départementaux d'incendie et de secours ;*

5° *Le développement d'actions de coopération internationale, notamment en matière de formation et de recherche, dans ses champs de compétence ».*

B. Organisation et fonctionnement

Le titre consacré à l'organisation et au fonctionnement, quelquefois qualifié aussi de régime administratif, doit traiter des organes dirigeants de l'établissement (conseil d'administration et direction) et de sa structure, ainsi que le cas échéant du personnel.

De façon générale, il est à noter que la plasticité du régime de l'établissement public lui permet d'emprunter diverses formes en ce qui concerne son organisation interne.

C'est toutefois un des rares domaines où plusieurs dispositions générales résultant soit de la loi, soit du règlement imposent un certain encadrement :

- en matière de composition et de fonctionnement du conseil d'administration de certains établissements publics, en application de la loi n°83 675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public ;

- en matière de limite d'âge des présidents et dirigeants de l'ensemble des établissements publics, en application de l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 ;

- et en matière de durée maximale du mandat de présidents et dirigeants de l'ensemble des établissements publics, en application du décret n° 79-153 du 26 février 1979.

1°) Les organes dirigeants.

Il convient de distinguer les organes collégiaux placés à la tête de l'établissement public (assemblée délibérante, le plus souvent dénommée conseil d'administration) de la direction (président ou (et) directeur). Il existe toutefois quelques cas d'établissements publics administrés par un conseil de surveillance et un directoire (Entreprise minière et chimique, voir décret n° 67-797 du 20 septembre 1967 ; Fonds de réserve pour les retraites, voir articles L.135-6 et suivants du code de la sécurité sociale)

a) Le conseil d'administration.

Une série d'articles doivent définir la composition, les attributions et le fonctionnement du Conseil d'administration.

En ce qui concerne la composition, les dispositions à prendre ne sont encadrées, en application de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, que pour les établissements à dominante industrielle et commerciale, plus exactement « *les établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat autres que ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public et les autres établissements publics de l'Etat qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles de droit privé* ». Pour ces établissements, la loi impose trois catégories de membres : des représentants de l'Etat, qui doivent être nommés par décret, des personnalités choisies en raison de leurs compétences ou de leur connaissance des activités en cause ou encore en leur qualité de représentants des consommateurs ou des usagers, également nommés par décret, et des représentants élus des salariés ; l'effectif de chacune de ces catégories est à fixer par décret, le nombre des représentants des salariés devant être égal au moins au tiers des membres du conseil.

La loi de démocratisation du secteur public fixe également la durée maximum du mandat de ces membres (cinq ans) et les modalités de leur remplacement, détermine un champ minimum de compétence des conseils d'administration (grandes orientations stratégiques, économiques, financières ou technologiques de l'activité de l'établissement...) et précise certaines règles de leur fonctionnement (convocation, moyens donnés aux membres pour exercer leur mandat, gratuité de ce mandat). Elle fixe aussi les règles de nomination du président.

Un dispositif d'exclusion partielle ou totale du champ d'application de la loi est toutefois prévu par l'article 4 celle-ci : bénéficient automatiquement de l'exclusion partielle les

établissements publics « dont le nombre de salariés employés en moyenne au cours des vingt quatre derniers mois est inférieur à 200 » ; peuvent être exclus partiellement ou totalement au coup par coup certains établissements publics, à condition de figurer à une annexe de la loi, ce qui suppose une disposition législative expresse ajoutant ledit établissement à la liste établie en annexe de la loi de 1983 dans sa version initiale (voir à titre d'exemple la loi n°90-474 du 5 juin 1990 ajoutant à cette annexe la Réunion des Musées Nationaux). L'exclusion partielle porte sur les dispositions du chapitre 1^{er} du titre II de la loi, chapitre qui traite de la composition et du fonctionnement des conseils. Mais la loi impose pour autant en ce cas quelques règles minimum : les conseils d'administration doivent comprendre des représentants élus des salariés ; le nombre de ces représentants doit être fixé par décret en Conseil d'Etat et il ne peut être inférieur à deux et dépasser le tiers ; l'étendue minimum de pouvoir du conseil d'administration ; les règles de convocation de ce conseil... (sur ces différents points voir *fiche 4.2.4 Nomination des dirigeants des établissements publics et des entreprises publiques*)

Dans les autres établissements publics, la composition du conseil d'administration est variable. On y trouve habituellement :

- des membres de droit, essentiellement les représentants des différents ministères intéressés ;
- des membres nommés en raison de leur compétence ou en tant que représentants de grandes institutions de l'Etat ;
- et des membres désignés par des instances autonomes de l'administration ou des membres élus, en particulier des représentants du personnel. Les membres nommés le sont le plus souvent par arrêté du ou des ministres de tutelle. La durée du mandat est habituellement fixée à 3 ans renouvelable, mais elle peut être allongée à 4 ou 5 ans.

Si la participation de parlementaires est estimée nécessaire, ce qui doit rester un cas exceptionnel dans un organisme placé sous la tutelle du pouvoir exécutif, il y a lieu, en principe de prévoir un nombre égal de députés et de sénateurs. S'agissant de leur mode de désignation, il est d'usage de laisser le soin à l'assemblée parlementaire à laquelle ils appartiennent respectivement de définir les modalités de leur désignation. Dans une telle hypothèse, il suffit de mentionner dans la liste des membres « un député et un sénateur », sans autre précision. Il existe toutefois des précédents prévoyant une désignation par le président de l'assemblée.

En cas de remplacement d'un membre défaillant ou démissionnaire, il faut prévoir une disposition expresse pour limiter le mandat du nouveau membre à la durée du mandat restant à courir.

Il est souhaitable de préciser que les personnes désignées en raison du mandat électif qu'elle détienne (national ou local) voient leurs fonctions prendre fin au terme de ce mandat.

Exemple de rédaction pour la composition du conseil d'administration d'un établissement public administratif : « L'établissement est administré par un Conseil d'administration qui comprend, outre le président :

- 1°) x membres de droit :
 - a) le directeur de ... au ministère chargé de la culture ou son représentant ;
 - b) le directeur du budget ou son représentant ;
 - c) ...
- 2°) x personnalités désignées en raison de leurs compétences en matière de... par arrêté du ministre chargé de ..., dont x sur proposition du ministre chargé de ...

3°) *x représentants du personnel de l'établissement, élus dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de ... »*

Il est d'usage de préciser en outre que *« Le directeur de l'établissement, le membre du corps du contrôle général économique et financier ou son représentant, l'agent comptable ainsi que toute personne dont la présence est jugée utile par le président assistent aux séances avec voix consultative »*.

Il est recommandé de préciser, par un article particulier, que le mandat des membres du conseil d'administration est gratuit, sous réserve du remboursement des frais de déplacement et de séjour, dans les conditions prévues par la réglementation applicable aux fonctionnaires civils de l'Etat (décret n° 90-437 du 28 mai 1990).

En ce qui concerne ses attributions, le conseil d'administration dispose d'une compétence générale d'orientation et de gestion de l'établissement, mais il est d'usage d'énumérer ses principales attributions, en faisant précéder la liste d'un « notamment ». A titre de référence, on trouve souvent la liste suivante (pour un établissement public à caractère industriel et commercial) :

- « 1. les conditions générales d'organisation et de fonctionnement de l'établissement ;*
- 2. les projets de contrats d'objectifs avec l'Etat ;*
- 3. les programmes généraux d'activité et d'investissement ;*
- 4. les programmes de contribution aux recherches et les subventions ;*
- 5. le rapport annuel d'activité ;*
- 6. l'état annuel des prévisions de recettes et de dépenses et ses modifications ;*
- 7. le bilan annuel, le compte de résultat et les propositions relatives à la fixation et l'affectation des bénéfices et la constitution de réserves ;*
- 8. la conclusion d'emprunts à moyen et long termes ;*
- 9. la création de filiales et les prises, extensions ou cessions de participations financières ;*
- 10. l'octroi d'avances à des organismes ou sociétés ayant pour objet de contribuer à l'exécution des missions de l'établissement ;*
- 11. l'acquisition ou l'aliénation des biens immobiliers ;*
- 12. l'octroi d'hypothèques, de cautions ou d'autres garanties ;*
- 13. la création ou l'acquisition de tous établissements commerciaux ou industriels et la fermeture de ces établissements ;*
- 14. les conditions générales de recrutement, d'emploi et de rémunération du personnel ;*
- 15. la participation à des organismes dotés de la personnalité morale ;*
- 16. les actions en justice et les transactions ;*
- 17. l'acceptation ou le refus des dons et legs ».*

En ce qui concerne les transactions, on rappellera que l'article 2045 du Code civil ne permet aux établissements publics de ne transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre. Si l'on entend que l'établissement public puisse transiger, il y a donc lieu de le prévoir dans les statuts. La mention parmi les compétences du conseil d'administration du pouvoir de transiger y suffit.

Les statuts de l'établissement peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer au président, ou au directeur général ou directeur dans les limites qu'il détermine, certaines de ses attributions, telles que l'octroi d'avances, l'acquisition et l'aliénation de biens, l'octroi d'hypothèques, les actions en justice ou l'acceptation des dons et legs, sous la seule réserve de

prévoir que le président rend compte lors de la prochaine séance du conseil d'administration, des décisions qu'il a prises en vertu de cette délégation.

Les conditions de fonctionnement du conseil d'administration doivent être très strictement prévues pour ce qui est de la périodicité des réunions, des règles de convocation et les modalités d'adoption des délibérations.

Il est le plus souvent prévu trois à quatre réunions par an au moins sur convocation du président ainsi que des convocations possibles à l'initiative du ministre chargé de la tutelle ou de la majorité des membres du conseil. D'où la rédaction courante : « *Le conseil d'administration se réunit, sur convocation de son président, aussi souvent que la bonne marche de l'établissement l'exige et au minimum quatre fois par an. La convocation est de droit si elle est demandée par le ministre de tutelle (ou un des ministres de tutelle) ou par la moitié au moins des membres sur un ordre du jour déterminé* ». Dans les établissements publics à caractère industriel et commercial, l'article 8 de la loi du 26 juillet 1983 sur la démocratisation du secteur public permet au tiers au moins des membres du conseil, en indiquant l'ordre du jour de la séance, de convoquer le conseil si celui-ci n'est pas réuni depuis plus de deux mois ; il est souhaitable de reprendre cette disposition dans l'article correspondant du texte.

La règle habituelle d'adoption des délibérations est celle de la majorité simple, avec exigence d'un quorum égal à la moitié au moins des membres. Si du fait de l'importance de l'objet sur lequel elle porte, l'adoption d'une délibération doit être entourée de garanties particulières, il convient de la rechercher au travers du pouvoir de tutelle exercé, dans l'intérêt général, par les ministres responsables et non par une disposition prévoyant une majorité qualifiée. D'où la rédaction courante : « *Le conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si la moitié au moins de ses membres est présente. Si le quorum n'est pas atteint, le conseil est à nouveau convoqué sur le même ordre du jour dans un délai de quinze jours. Il délibère alors valablement quel que soit le nombre de membres présents / Les délibérations du conseil sont adoptées à la majorité des membres [présents ou représentés]. En cas de partage égal des voix, celle du président de séance est prépondérante / Il est établi un procès-verbal de chaque séance du conseil d'administration, signé par le président de séance et par le secrétaire. Le procès-verbal est adressé sans délai aux ministres exerçant la tutelle de l'établissement* ».

Il est important de définir précisément le régime de suppléance ou de représentation : en l'absence de dispositions expresses, seuls les membres désignés pourront siéger et aucun mandat ne pourra être valablement donné. Habituellement, les représentants de l'administration sont désignés *ès qualités* et peuvent se faire représenter par un collaborateur, grâce à la formule « le directeur de.... ou son représentant ». Les représentants des salariés ont des suppléants élus dans les mêmes conditions qu'eux. Quant aux personnalités qualifiées, elles sont désignées « *intuitu personae* », de sorte qu'il ne leur est généralement pas permis de se faire représenter. Quel que soit le système retenu, on évitera, pour une même catégorie de membres, d'additionner une possibilité de suppléance ou de représentation et une possibilité de donner mandat à un autre membre du conseil d'administration.

Il y a lieu également de préciser le régime d'entrée en vigueur des délibérations qui peut varier selon la nature de celles-ci ; on trouve le plus souvent une distinction selon le schéma suivant :

- des décisions qui ne deviennent exécutoires qu'à l'expiration d'un délai préfixé (par exemple 1 mois) après leur transmission au ministère de tutelle et, le plus souvent également, au ministère chargé du budget, si aucun d'entre eux n'y a fait opposition dans ce délai ;
- d'autres qui appellent une approbation en bonne et due forme des mêmes ministres ;

- le reste des décisions qui deviennent exécutoires de plein droit si une décision contraire de l'autorité de tutelle n'a pas été notifiée à l'établissement dans un délai à déterminer (habituellement 15 jours) à compter de leur réception par cette autorité.

Exemple : « Les décisions et délibérations du conseil d'administration portant sur les objets mentionnés aux 1,3,9... de l'article x ci-dessus deviennent exécutoires de plein droit un mois après leur réception par les ministres exerçant la tutelle de l'établissement et le ministre chargé du budget si aucun d'entre eux n'y a fait opposition dans ce délai.

Ces mêmes décisions et délibérations sont transmises au commissaire du Gouvernement et à l'autorité chargée du contrôle financier (pour un EPA ; « économique et financier » pour un EPIC) de l'Etat.

Les cessions, prises ou extensions de participations financières doivent être approuvées par un arrêté conjoint des ministres exerçant la tutelle de l'établissement et du ministre chargé du budget.

Sans préjudice des dispositions des deux derniers alinéas de l'article x, les autres délibérations ou décisions deviennent de plein droit exécutoires si une décision contraire de l'un des ministres exerçant la tutelle de l'établissement n'a pas été notifiée au président du conseil d'administration dans le délai de quinze jours courant à compter de leur réception par lesdits ministres ».

Il est à noter qu'en ce qui concerne les décisions financières (budget ou état prévisionnel de recettes et de dépenses (EPRD), décisions modificatives, comptes annuels), le décret n° 99-575 du 8 juillet 1999 fixe le principe d'une approbation tacite les rendant exécutoires à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la réception par les autorités de tutelle, sauf opposition de leur part notifiée pendant ce délai. Le délai est suspendu en cas de demande par écrit d'informations ou documents complémentaires. Les dispositions réglementaires propres à un établissement peuvent prévoir un délai d'approbation tacite plus court, ou au contraire un dispositif d'approbation expresse.

Il convient de veiller à ce que le régime d'approbation des délibérations ne porte pas atteinte au principe d'autonomie qui régit les établissements publics, en particulier pour ce qui est des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel régis par le code de l'éducation.

b) La direction

Elle est normalement confiée à un directeur ou directeur général. Il est cependant possible de prévoir le cumul des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur. Toutefois, si une telle orientation est adoptée, elle peut s'accompagner de dispositions étendant les prérogatives dévolues au conseil d'administration ou destinées à leur conférer un caractère effectif. Cela peut en particulier conduire à prévoir une convocation de droit de ce conseil si elle est demandée par une partie significative de ses membres (par exemple la moitié) et à préciser de façon renforcée les pouvoirs du conseil d'administration.

Des solutions mixtes peuvent être envisagée, dans lesquelles les pouvoirs exécutifs sont répartis entre le président du conseil d'administration et un directeur général : on peut se référer à cet égard au CNRS, au Muséum d'histoire naturelle ou à l'Institut national de recherches archéologiques préventives : le président peut être chargé « d'assumer et de coordonner la réflexion » conduisant à la définition de la politique générale de l'établissement et de ses relations avec les organismes nationaux ou étrangers intervenant dans les mêmes domaines d'activité ; il peut être chargé, par dérogation aux dispositions du décret n°82-452 du 28 mai 1982 relatif aux

comités techniques paritaires (CTP) de présider le CTP de l'établissement ; tandis que le directeur général assume la direction effective de l'établissement, notamment en étant l'ordonnateur des recettes et dépenses et le gestionnaire du personnel.

c) Les conditions de nomination de ces organes dirigeants et la durée de leurs fonctions

Elles sont étroitement encadrées (article 13 de la Constitution et textes pris pour son application, d'une part et décret n°79-153 du 26 février 1979 relatif à la durée des fonctions des présidents et de certains dirigeants des établissements publics de l'Etat, des entreprises nationalisées et sociétés nationales et certains organismes publics, d'autre part). Pour ce qui est de la nomination, il résulte des termes mêmes de l'article 13 de la Constitution que, sous réserve d'une délégation de son pouvoir par le Président de la République, elle relève de ce dernier. Le décret constitutif peut dès lors se borner à indiquer que la nomination interviendra par décret : cela signifie nécessairement décret du Président de la République.

Si, en raison de l'importance de l'établissement on entend que la nomination soit prononcée par décret en conseil des ministres, il convient, en principe, de compléter la liste des emplois ainsi pourvus annexée au décret n° 59-587 du 29 avril 1959 pris en application de l'article 1^{er} de l'ordonnance organique n° 58-1136 du 28 novembre 1958, qui est en décret en conseil des ministres. Il est également possible de le prévoir par une disposition du décret portant statut de l'établissement public, à condition de soumettre celui-ci au conseil des ministres ; il conviendra alors, pour éviter l'effet « cliquet » qui en résulte, d'introduire dans le décret un article permettant la modification ultérieure du texte, à l'exception de la disposition relative au mode de nomination du dirigeant en cause, par décret non délibéré en conseil des ministres (pour un exemple, voir les articles 16 et 25 du décret n° 2004-1232 du 20 novembre 2004 fixant le statut du Théâtre national de l'Opéra-comique).

Il doit être précisé, dans l'article fixant les conditions de nomination du président et du directeur, sur la proposition de quel ministre cette nomination par décret intervient ; c'est normalement celle du (ou des) seul(s) ministre(s) de tutelle. D'où la formule : « *Le président, le directeur... est nommé par décret pris sur le rapport du (des) ministre(s)* ».

Une nomination par arrêté ministériel est également possible, pour les établissements moins importants, en vertu des dispositions de l'article 4 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958.

Pour ce qui est de la durée des fonctions, elle est limitée pour l'ensemble des établissements publics de l'Etat, qu'ils aient ou non un caractère industriel et commercial, par le décret n°79-153 du 26 février 1979, décret délibéré en Conseil d'Etat et en conseil des ministres, de sorte qu'une dérogation nécessite un texte du même niveau. Le dispositif en est le suivant :

- pour le président de l'organe délibérant, le mandat est de trois ans ;
- pour le directeur ou celui, quel que soit son titre, qui exerce des fonctions équivalentes, il existe deux possibilités : mandat à durée indéterminée ou mandat de trois ans.

Toutefois, dans les établissements publics à caractère industriel et commercial relevant de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, le président du conseil d'administration est nommé pour la durée de son mandat d'administrateur, c'est-à-dire cinq ans (article 1^{er} du décret n° 94-582 du 12 juillet 1994).

Il n'y a pas lieu par contre de traiter de la limite d'âge pour l'exercice des fonctions de président ou de directeur ; elle est fixée impérativement par l'article 7 de la loi du 13 septembre

1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public, à 65 ans, pour l'ensemble des établissements publics. Le dirigeant qui atteint cet âge est regardé comme démissionnaire d'office. Cette limite d'âge, à laquelle il ne serait possible de déroger que par la voie législative, s'applique aux présidents d'établissements publics quelle que soit leur « origine » (fonctionnaires, personnalités qualifiées, professionnels du secteur, élus nationaux ou locaux).

A défaut de dispositions des statuts fixant une limite d'âge pour l'exercice des fonctions de président de l'organe délibérant, de directeur général ou directeur, la limite d'âge de 65 ans prévue par l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public s'applique. Les présidents d'établissements publics de l'Etat sont soumis à la limite d'âge statutaire ou légale quelle que soit leur « origine » (fonctionnaires, personnalités qualifiées, professionnels du secteur, élus nationaux ou locaux). Toutefois, le deuxième alinéa de l'article 7 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public prévoit que les règles relatives à la limite d'âge ne font pas obstacle à ce que les présidents de conseil d'administration, directeurs généraux et directeurs des établissements publics de l'Etat soient maintenus en fonction, au-delà de cette limite, pour continuer à les exercer à titre intérimaire.

d) Les pouvoirs du responsable exécutif

Ils doivent eux aussi être énumérés le plus complètement possible ; en mentionnant au moins les principaux pouvoirs suivants :

- il exerce la direction générale de l'établissement public ;
- il prépare les délibérations du conseil d'administration et s'assure de leur exécution ;
- il assure le fonctionnement des services de l'établissement ; il a sous son autorité le personnel qu'il engage, nomme et licencie ; il est ordonnateur des recettes et des dépenses ;
- il représente l'établissement dans tous les actes de la vie civile et dans ses rapports avec les tiers ;
- il peut déléguer sa signature ; il peut déléguer une partie de ses pouvoirs à un directeur délégué ou à d'autres agents de l'établissement désignés dans le décret statutaire.

L'attention doit être particulièrement appelée sur la question de la personne responsable des marchés (PRM). Comme le rappelle l'instruction du ministère chargé de l'économie du 28 août 2001 intervenue pour l'application du précédent code des marchés publics, dans les établissements publics, ce sont les textes constitutifs qui désignent la PRM. Si les textes se bornent à confier au conseil d'administration la compétence pour passer les contrats, conventions et marchés, il en résulte que les attributions de la PRM sont conférées à l'organe délibérant. Or il peut être opportun de désigner le dirigeant de l'établissement comme PRM. Il y a lieu alors de le prévoir expressément.

Il est enfin très utile de prévoir des règles de suppléance en cas d'absence ou d'empêchement du dirigeant exécutif ou lorsque son poste est momentanément vacant.

Exemple de rédaction :

« Le directeur est assisté d'un directeur adjoint (ou d'un secrétaire général) qui le supplée en cas d'absence ou d'empêchement ».

2°) Les structures de l'établissement et le personnel.

a) L'organisation interne de l'établissement public

Elle est normalement déterminée par le conseil d'administration.

Toutefois, si l'on souhaite que des conseils d'orientation, scientifiques, ou d'experts interviennent auprès des organes dirigeants, pour émettre des propositions ou de formuler des avis sur la politique de l'établissement, il est préférable de le prévoir dans le décret. Ceci est nécessaire si une loi le prévoit expressément. Ainsi la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, dont les dispositions ont été reprises par le code de la recherche pour ce qui est des établissements publics à caractère scientifique et technologique, prévoit, en son article 16, que lesdits établissements « *comportent un conseil scientifique et des instances d'évaluation qui comprennent notamment des représentants élus du personnel* ». Ces dispositions imposent donc au décret portant statut d'un établissement déterminé de créer de telles instances. Elles ne font toutefois pas obstacle à que ce décret habilite le conseil d'administration à définir les modalités selon lesquelles un comité d'évaluation se composant de personnalités scientifiques extérieures à l'établissement évalue au moins tous les 4 ans les activités de celui-ci.

b) Le personnel

Il n'y a pas lieu en principe de prévoir des dispositions particulières. Les établissements publics sont soumis aux dispositions générales prévues respectivement, pour ce qui est des établissements à caractère administratif, par le statut général des fonctionnaires et, pour ce qui est des établissements à caractère industriel et commercial, par le code du travail. S'il y a lieu de déroger pour partie à ces dispositions, il convient de recourir à la loi.

On notera que s'il s'agit seulement, pour un établissement public administratif, de déroger à l'obligation née de l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, de ne confier les emplois permanents qu'à des fonctionnaires en autorisant le recrutement d'agents contractuels en dehors des quelques possibilités ouvertes par ailleurs par la loi du 11 janvier 1984 (emplois saisonniers, absence de corps de fonctionnaires, ou lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient...), il n'est pas indispensable de passer par la loi. Le 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 permet le recrutement dérogatoire de contractuels, y compris à durée indéterminée, pour « *les emplois ou catégories d'emplois de certains établissements publics figurant, en raison du caractère particulier de leurs missions, sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat après avis du conseil supérieur de la fonction publique* ». Sur cette base a été pris le décret n°84-38 du 18 janvier 1984 « *fixant la liste des établissements publics de l'Etat à caractère administratif prévue au 2° de l'article 3 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984* ». Ce décret se borne, en un article, à renvoyer à une annexe la liste des établissements en cause, avec pour chaque établissement, en regard, les emplois qui peuvent donc être occupés par des contractuels ; ce peuvent être tous les emplois ou des catégories limitatives. Il y a donc lieu, pour l'administration qui souhaite qu'un de ses établissements dispose d'une plus grande possibilité de recrutement de contractuels, d'élaborer un projet de décret, qui se bornera à indiquer que la liste annexée au décret n°84-38 du 18 janvier 1984 est complétée ainsi qu'il suit : « *Etablissement x, emploi de tel type ou catégorie d'emplois* ». Le projet de décret devra être soumis au CTP de l'établissement et au conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat.

3°) Régime financier

Le régime financier et comptable est évidemment essentiel. Il découle du choix effectué quant au caractère administratif ou industriel et commercial de l'établissement. Ce régime est fixé par les articles 151 à 189 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement

général sur la comptabilité publique et par le décret n° 53-1227 du 10 décembre 1953 s'agissant des établissements publics à caractère administratif et par les articles 151 à 153 et 190 à 225 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 s'agissant des établissements publics à caractère industriel et commercial.

Il y a lieu toutefois de préciser le régime financier et comptable dans le décret constitutif, qui peut le cas échéant déroger au décret du 29 décembre 1962 de façon à apporter à l'établissement des souplesses de gestion adaptées à ses caractéristiques propres.

Il convient de mentionner également que l'établissement est soumis au contrôle de l'Etat, en application du décret n° 2005-757 du 4 juillet 2005 pour ce qui est des établissements publics administratifs, et en application du décret n° 53-707 du 9 août 1953, complété par le décret n° 55-733 du 26 mai 1955, pour ce qui est des établissements publics à caractère industriel et commercial.

Un article doit traiter des modalités de placement de fonds disponibles. Il est habituellement indiqué que « *l'établissement est autorisé à placer ses fonds disponibles dans des conditions fixées par le ministre chargé des finances* ».

Deux articles doivent être consacrés l'un aux ressources de l'établissement, l'autre à ses dépenses, énumérant en détail ces ressources (crédits budgétaires, subventions, produits d'emprunts, rémunération des services rendus, ressources de caractère fiscal, sous réserve que ces ressources soient prévues et affectés à l'établissement par une loi, produits d'exploitation, dons et legs...) et ces dépenses (frais de personnel, frais de fonctionnement et d'équipement, achats, impôts...).

Si l'on estime que l'établissement public doit pouvoir bénéficier de la création de régies de recettes et de régies d'avances, il y a lieu de le prévoir expressément, en se référant au décret n°92-681 du 20 juillet 1992 relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics.

Rédactions types :

- pour les établissements publics administratifs.

Art. a – *L'établissement est soumis au régime financier et comptable applicable aux établissements publics nationaux à caractère administratif, défini par les articles 151 à 189 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique et par le décret n° 53-1227 du 10 décembre 1953.*

Art. b – *L'établissement est soumis au contrôle financier prévu par le décret du 4 juillet 2005 relatif au contrôle financier au sein des établissements publics administratifs de l'Etat.*

Les modalités de ce contrôle sont fixées par arrêté conjoint du ministre chargé du budget et du ministre chargé de...

Art. c – *L'agent comptable de l'établissement est nommé par arrêté conjoint du ministre chargé du budget et du ministre chargé de...*

Art. d – *Les recettes de l'établissement comprennent :*

1° Les subventions de l'Etat, des collectivités publiques ou d'organismes publics ou privés et les recettes de mécénat ;

2° Les produits des contrats et des conventions ;
 3° Le produit de la vente de publications et documents sur quelque support que ce soit ;

- 4° Le produit des cessions et participations ;
 5° Les revenus des biens meubles et immeubles ;
 6° Les dons et legs ;
 7° Le produit financier des résultats du placement de ses fonds ;
 8° Le produit des aliénations ;
 9° D'une manière générale, toutes les recettes autorisées par les lois et règlements.

Art. e – Les dépenses de l'établissement comprennent les frais de personnel qui ne sont pas pris en charge par l'Etat, les frais de fonctionnement et d'équipement et, d'une manière générale, toutes dépenses nécessaires à l'activité de l'établissement.

Art. f – Il peut être institué dans l'établissement des régies de recettes et des régies d'avances dans les conditions prévues par le décret du 20 juillet 1992 modifié relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics.

- pour les établissements publics industriels et commerciaux.

Art. a – L'établissement est soumis au régime financier et comptable défini par les articles 151 à 153 et 190 à 225 du décret du 29 décembre 1962 modifié portant règlement général sur la comptabilité publique ainsi qu'au contrôle économique et financier de l'Etat tel que défini par le décret du 9 août 1953 et le décret du 26 mai 1955. Les attributions de l'autorité chargée du contrôle économique et financier et les modalités d'exercice de son contrôle sont précisées en tant que de besoin par arrêté conjoint du ministre chargé de... et du ministre chargé du budget.

L'agent comptable est nommé par arrêté du ministre chargé du budget.

Art. b – L'état prévisionnel de recettes et de dépenses de l'établissement s'exécute par année du 1^{er} janvier au 31 décembre.

Art. c – Il peut être institué dans l'établissement des régies de recettes et des régies d'avances dans les conditions prévues par le décret du 20 juillet 1992 modifié relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics.

Art. d – Les ressources de l'établissement comprennent :

- 1° Les subventions de l'Etat, des collectivités territoriales et de toutes autres personnes publiques et privées ;
 2° Le produit des opérations commerciales ;
 3° Les dons et legs ;
 4° Le revenu des biens meubles et immeubles ;
 5° Le produit des placements ;
 6° Le produit des aliénations ;
 7° D'une manière générale, toute autre recette provenant de l'exercice de ses activités.

L'établissement est autorisé à placer ses fonds disponibles dans les conditions fixées par le ministre chargé des finances.

Art. e – Les dépenses de l'établissement comprennent :

- 1° Les frais de personnel ;

- 2° *Les frais de fonctionnement ;*
- 3° *Les dépenses d'acquisition de biens mobiliers et immobiliers ;*
- 4° *De façon générale, toutes les dépenses nécessaires à l'accomplissement de ses missions.*

4°) Dispositions diverses et transitoires

Ce titre permet de régler les difficultés pratiques qui accompagnent la création d'un établissement public, ne serait-ce que parce qu'il est rare qu'un établissement soit créé ex nihilo ; il prend souvent la suite de services de l'Etat ou d'organismes ou établissements chargés pour partie des mêmes missions et il convient de régler notamment les questions de reprise d'activités, de biens et de personnel.

- pour ce qui est des biens, des articles doivent régler la question des immeubles et biens mobiliers pour prévoir que les immeubles appartenant à l'Etat et affectés à l'exercice des missions confiées au nouvel établissement, lui sont attribués à titre de dotation et que les biens mobiliers de l'Etat nécessaires à l'exercice des missions lui soient transférés à titre gratuit et en toute propriété. Il est souhaitable de prévoir des conventions précisant les conditions de ce transfert.

- pour ce qui est des personnels, un article doit régler les conditions de reprise par l'établissement des personnels relevant des entités dont l'activité est reprise par lui, dans le respect des dispositions de l'article L122-12 du code du travail et de la directive n°98-50 CE du 29 juin 1998, qui sont applicables même en cas de transferts d'activités d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public.

Plus généralement, il doit être prévu que le nouvel établissement est substitué aux personnes morales dont il reprend l'activité dans les droits et obligations résultant des contrats passés par ces personnes pour l'accomplissement des missions qui lui sont attribuées.

III. La dissolution d'un établissement public

La dissolution d'un établissement public doit être opérée par un acte de la même nature que celui par lequel l'établissement a été créé. Un exemple récent est fourni par le décret n° 2005-1559 du 14 décembre 2005 portant dissolution de l'Entreprise minière et chimique.

- L'acte de dissolution doit préciser :

- *la date de la dissolution et de la mise en liquidation : « *L'établissement public x est dissous et mis en liquidation à compter du ».*

- *les modalités de la dissolution : autorité compétente pour nommer le liquidateur, délai conféré à celui-ci tant pour mener à bonne fin les « *opérations engagées par l'établissement avant sa liquidation* » que pour « *pourvoir à la liquidation des créances et des dettes* » et le cas échéant « *au transfert des biens immobiliers, propriété de l'établissement* » et « *à la cession des autres éléments d'actifs et des droits et obligations y afférents* ».

- *les pouvoirs du liquidateur : « *il est investi de l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'exercice de la mission. Il est l'ordonnateur des recettes et des dépenses. Il peut agir en justice et conclure des transactions* ».

- *le régime financier et comptable et le régime du contrôle. « *Pendant la période de liquidation, le régime financier et comptable applicable à l'établissement est maintenu en vigueur.*

Le contrôle économique et financier de l'Etat continue à s'exercer dans les conditions fixées par le décret du 26 mai 1955 [pour un EPIC]. L'agent comptable demeure en fonction dans les mêmes conditions que précédemment ».

*les conditions d'établissement du compte de clôture et d'affectation du solde de ce compte : *« A la fin de la période de liquidation, le liquidateur établit, à l'appui du compte de clôture de liquidation, un compte rendu de la gestion. L'ensemble de ce compte est soumis à l'approbation, par arrêté, de (telle autorité administrative). Le solde de ce compte est affecté à ou réparti dans les conditions suivantes... ».*

S'agissant de cette dévolution du solde de liquidation, le principe est celui de la dévolution à la collectivité de rattachement.

Les indications qui précèdent ne valent pas dans l'hypothèse, qui n'est pas rare, où l'établissement supprimé est fusionné avec un autre établissement pour en constituer un troisième, repris par un établissement public existant ou transformé en société. En pareil cas, la suppression ne se traduit en effet pas par une liquidation.

IV. Règles de consultation

La création, la transformation ou la suppression d'un établissement public de l'Etat constituent des mesures d'organisation du service.

A ce titre, elles doivent intervenir dans le respect des procédures consultatives prévues par l'article 15 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

En cas de création d'un établissement public, il résulte de ces textes que si les missions confiées à l'établissement public affectent les attributions relevant d'un service donné ou d'une direction d'administration centrale donnée, il y a lieu de consulter le CTP central du service ou de la direction. Il en est de même si elles affectent les attributions d'un autre établissement public ne présentant pas le caractère industriel et commercial, a fortiori s'il est procédé à la dissolution pure et simple de cet établissement ; il y a lieu de consulter le CTP de l'établissement public. Si plusieurs établissements se trouvent affectés, le CTP de chacun des établissements doit être consulté (26 mai 1995, Syndicat général des affaires culturelles CFDT et syndicat affaires culturelles CGT).

La question de la nécessité de consulter le CTP du ministère qui a en charge le service public dont la gestion est confiée à l'établissement public est plus incertaine du fait du hiatus existant entre l'obligation de consultation posée par la loi et par le décret, qui présente un caractère général, dès lors qu'il est touché « à l'organisation et au fonctionnement des services » et les compétences dévolues aux différentes catégories de CTP, qui ne paraissent pas couvrir toutes les hypothèses possibles, le CTP ministériel n'ayant ainsi en principe à connaître que des mesures intéressant l'ensemble des services centraux et déconcentrés.

La question n'a pas été expressément tranchée par le Conseil d'Etat statuant au contentieux.

Dans ces conditions, il paraît plus prudent de consulter en toutes hypothèses le CTPM, en cas de création d'un établissement public, sans préjudice de l'éventuelle consultation d'autres CTP, dans les hypothèses précédemment évoquées ; ainsi lors de la création des établissements publics des musées Orsay et Guimet, lors de la création de l'établissement public du Palais de

Justice de Paris ou lors de l'érection en établissement public du Théâtre national de l'Opéra-comique, jusque là géré par une association.

Une fois l'établissement public créé, en cas de transformation de celui-ci, il y a lieu, dès lors que cet établissement ne présente pas un caractère industriel ou commercial et se trouve donc astreint à l'obligation d'instituer un CTP en son sein, de consulter ledit CTP. La circonstance qu'un établissement n'a pas constitué de CTP ne peut être considérée comme une circonstance exonérant le Gouvernement d'une consultation rendue obligatoire par la loi.

La dissolution de l'établissement public ne présentant pas un caractère industriel et commercial doit également être précédée de la consultation du CTP de l'établissement.

Annexe

Liste des principaux textes comportant des dispositions de portée générale applicables aux établissements publics de l'Etat et à leurs dirigeants

- 1) Code électoral, article LO 145 (incompatibilités) ;
- 2) Code civil, articles 2045 (transaction) et 2060 (compromis);
- 3) Ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat et décret n° 59-587 relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales ;
- 4) Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (notamment son article 2) et loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat (notamment ses articles 2 et 3) ;
- 5) Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public et décret n° 83-1160 du 26 décembre 1983 pris pour son application ;
- 6) loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises (article 30, relatif à la désignation des commissaires aux comptes) et décret n° 85-295 du 1^{er} mars 1985 pris pour son application (articles 33 à 35) ;
- 7) Loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public (article 7);
- 8) loi n° 85-11 du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises publiques (article 13, relatif à l'établissement et à la publication des comptes consolidés) et décret n° 85-295 du 1^{er} mars 1985 pris pour son application (articles 33 à 35) ;
- 9) Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique (article 2) et décret n° 96-762 du 1^{er} septembre 1996 pris pour son application en ce qui concerne l'obligation de déclaration de situation patrimoniale applicable aux titulaires de certaines fonctions ;
- 10) Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (article 140 relatif aux contrats d'entreprise pluriannuels);
- 11) Loi de finances rectificative pour 2001 (n° 2001-1276 du 28 décembre 2001) (article 79, relatif aux dividendes dus par les établissements publics industriels et commerciaux) ;
- 12) Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière (article 130 relatif aux cumuls de mandat des dirigeants) ;

13) Ordonnance n° 2004-503 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques et décret n° 2004-1243 du 23 novembre 2004 pris pour son application;

14) Décret n° 53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique ou social ;

15) Décret n° 53-1227 du 10 décembre 1953 relatif à la réglementation comptable applicable aux établissements publics nationaux à caractère administratif ;

16) Décret n° 55-733 du 26 mai 1955 relatif au contrôle économique et financier de l'Etat ;

17) Décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique (notamment ses articles 151 à 225) ;

18) Décret n° 79-153 du 26 février 1979 relatif à la durée des fonctions des présidents et de certains dirigeants des établissements publics d'Etat, des entreprises nationalisées et sociétés nationales et de certains organismes publics ;

19) Décret n° 86-416 du 12 mars 1986 fixant les conditions et modalités de prise en charge par l'Etat des frais de voyage et de changement de résidence à l'étranger des agents civils de l'Etat et des établissements publics de l'Etat à caractère administratif ;

20) Décret n° 87-948 du 26 novembre 1987 déterminant les établissements publics et entreprises publiques soumis aux dispositions du code du travail concernant la participation des salariés aux résultats de l'entreprise ;

21) Décret n° 90-437 du 28 mai 1990 fixant les conditions et modalités de règlement des frais occasionnés par le déplacement des personnels civils sur le territoire métropolitain de la France lorsqu'ils sont à la charge des budgets de l'Etat, des établissements publics nationaux à caractère administratif et de certains organismes subventionnés ;

22) Décret n° 92-681 du 20 juillet 1992 relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics ;

23) Décret n° 94-582 du 12 juillet 1994 relatif aux conseils et aux dirigeants des établissements publics et entreprises du secteur public ;

24) Décret n° 99-575 du 8 juillet 1999 relatif aux modalités d'approbation de certaines décisions financières des établissements publics de l'Etat.

25) Décret n°2002-56 du 8 janvier 2002 pris pour l'application de l'article 2060 du code civil, autorisant des établissements publics à caractère industriel et commercial à compromettre ;

26) Décret n° 2005-757 du 4 juillet 2005 relatif au contrôle financier au sein des établissements publics administratifs de l'Etat.

FICHE 5.2.4

LES GROUPEMENTS D'INTERET PUBLIC

Apparus pour la première fois dans l'ordre juridique en 1982, dans le domaine de la recherche (art. 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982), les groupements d'intérêt public (GIP) constituent une nouvelle catégorie de personnes morales. Créés par une convention approuvée par arrêté, ils permettent à des collectivités publiques de s'associer entre elles et avec des personnes privées, normalement pour une durée limitée, afin d'exercer ensemble une activité d'intérêt général ou de réaliser un projet commun. Dans le dispositif défini en 1982 comme dans tous ceux qui l'ont suivi, souvent en s'y référant, les personnes publiques et les personnes privées chargées d'un service public ont nécessairement la majorité au sein des instances du GIP.

Il est maintenant acquis que les GIP sont des personnes morales de droit public et non des personnes privées, et que, cependant, ils relèvent d'un régime juridique distinct de celui applicable aux établissements publics : le Tribunal des conflits a clairement tranché ces deux points, sur lesquels la doctrine se partageait, par une décision du 14 février 2000 « GIP Habitat et interventions sociales pour les mal logés et les sans-abri c/ Mme Verdier » ; aux termes de cette décision, les GIP sont « *des personnes publiques soumises à un régime spécifique* » qui se caractérise par « *une absence de soumission de plein droit ...aux lois et règlements régissant les établissements publics* ».

Pour autant, la création des GIP, a jugé le Tribunal des conflits, est de la compétence du législateur dans les conditions prévues à l'article 34 de la Constitution pour les « établissements publics proprement dits » ; par analogie, il appartient ainsi à la loi de fixer les règles constitutives des catégories de GIP.

I - Textes nécessaires

A. Nécessité ou non d'une disposition législative

Un projet de loi de portée générale avait été élaboré par le Conseil d'Etat dans le cadre d'une étude sur les GIP demandée par le Gouvernement (EDCE, 1997, La Documentation française), mais ce projet n'a pas abouti. Ultérieurement, l'habilitation donnée au Gouvernement par l'article 56 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit pour fixer par ordonnance le cadre législatif général des groupements d'intérêt public n'a pas pu être mise à profit dans les délais fixés.

Dans ces conditions, en l'absence jusqu'à nouvel ordre d'une législation générale, il résulte de la jurisprudence précitée qu'un GIP ne peut être créé que sur le fondement de dispositions législatives explicites relatives à une catégorie dans laquelle, au regard de son objet et de la collectivité publique à laquelle il est rattaché, on peut le faire entrer. La situation est donc la suivante :

- soit il existe, dans la longue liste des dispositions législatives intervenues depuis 1982 pour autoriser la création de GIP, un cadre adéquat compte tenu de l'objet du GIP que l'on souhaite instituer ;

- soit ce n'est pas le cas, et il est nécessaire de compléter cette liste par une disposition précisant l'objet de la catégorie nouvelle de GIP ; cette disposition législative peut, s'agissant des règles applicables, se borner à procéder à un renvoi à la « matrice » que constitue l'article 21 de la loi du 15 juillet 1982, maintenant codifié aux articles L. 341-1 à L. 341-4 du code de la recherche. A défaut, l'ensemble des dispositions nécessaires pour fixer le régime juridique de la nouvelle catégorie doit être prévu.

On trouvera en annexe un tableau faisant apparaître la liste complète des dispositions législatives autorisant la création de GIP et l'objet qu'elles assignent à ceux-ci. A l'exception notable de l'article 22 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987, qui a ouvert un large champ (action sanitaire et sociale, culture, jeunesse), les dispositions sont le plus souvent formulées en des termes assez étroits.

B. Précisions réglementaires

Les dispositions législatives prises en vue de la création de GIP peuvent être précisées par décret. Ainsi, les GIP de l'art. 21 de la loi du 15 juillet 1982 sont régis par le décret n° 83-204 du 15 mars 1983, plusieurs fois modifié. Ce décret fixe les modalités d'approbation par arrêté de la convention constitutive, les éléments de celle-ci devant faire l'objet d'une publication au Journal officiel, à compter de laquelle le GIP jouira de la personnalité morale, le mode de désignation et le rôle du commissaire du gouvernement ; il précise que les contrôles prévus par les décrets du 9 août 1953 et du 26 mai 1955 (contrôle d'Etat) s'appliquent et que la comptabilité est tenue selon les règles du droit privé sauf dans le cas où le groupement est exclusivement constitué de personnes morales de droit public ou lorsque la convention constitutive du groupement prévoit des dispositions particulières.

Peuvent être également cités le décret n° 88-1034 du 7 novembre 1988 (GIP « Action sanitaire et sociale ») ou le décret n° 2001-757 du 28 août 2001 (GIP « Formation continue »). Il existe un trentaine de décrets de cette nature (voir tableau joint) ; la plupart comportent des dispositions très proches de celles du décret n° 83-304 du 15 mars 1983 relatif aux GIP « Recherche ».

C. Convention constitutive

L'acte fondateur du GIP est sa convention constitutive, signée par les personnes publiques et privées qui sont membres du groupement. Cette convention doit notamment préciser :

- la dénomination du groupement et son objet ;
- l'identité des membres ;
- l'adresse du siège ;
- la durée pour laquelle le groupement est constitué et, le cas échéant, sa zone géographique de compétence ;
- les règles selon lesquelles les membres contribuent aux charges du groupement et sont tenus par ses engagements ;
- les règles relatives à l'administration, l'organisation et la représentation du groupement ;
- la possibilité éventuelle de créer des filiales ;

- le régime comptable retenu.

On pourra utilement se référer à la convention-type élaborée pour les GIP « Recherche », qui figure dans un Guide d'information sur les GIP édité par le ministère de la recherche (délégation à l'information, 1, rue Descartes, 75231, Paris). D'autres modèles ont fait l'objet d'une publication au Journal officiel : GIP « Fonds de solidarité pour le logement (annexe à l'arrêté du 31 mars 1992, JO du 1er avril 1992, p. 4653 et suivantes) ; GIP « Conseil départemental de l'aide juridique (annexe à la circulaire du 12 mars 1992, JO du 8 avril 1992, p. 5204 et suivantes) ; GIP « Développement social urbain » (annexe au décret n° 93-605 du 27 mars 1993, JO du 28 mars 1993, p. 5445 et suivantes).

Il a été jugé que la convention constitutive d'un GIP est un véritable contrat et non un acte administratif unilatéral ; mais, touchant à l'organisation du service public, elle peut, comme un règlement, faire directement l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif (CE, 14 janvier 1998, Synd. national des personnels des affaires sanitaires et sociales).

D. Arrêté d'approbation de la convention constitutive

Il appartient au ministre ou au préfet, saisi d'une demande d'approbation d'une convention constitutive, de s'assurer de la légalité du projet de convention, de vérifier qu'il entre bien dans le champ d'application de la loi et d'apprécier, sous le contrôle du juge, son contenu au regard de l'ensemble des intérêts généraux dont il a la charge (CE, 28 décembre 2005, syndicat mixte intercommunal d'aménagement du bassin de la Vesle).

II – Règles de fond

A. Éléments fondamentaux

Doivent être en toute hypothèse respectés les éléments fondamentaux des GIP telles qu'ils ont été fixés par les lois successives et pris en compte par la jurisprudence pour caractériser cette nouvelle catégorie de personnes morales de droit public :

- exercice d'une activité d'intérêt général ne donnant pas lieu à la réalisation ou au partage de bénéfices ;
- constitution par une convention soumise à l'approbation de l'autorité administrative ;
- majorité des voix au sein des instances délibérantes pour les personnes publiques et les personnes privées chargées d'un service public ;
- désignation d'un commissaire du gouvernement auprès du groupement.

Par ailleurs, un GIP est en principe constitué pour une période de temps limitée.

B. Conséquences du caractère de personne publique du GIP

Le caractère de personne publique reconnu aux GIP a en lui-même des conséquences, notamment sur le régime de leur responsabilité, sur celui de leurs contrats et de leurs biens, sur la compétence juridictionnelle pour les litiges les concernant ou encore sur le statut de leur personnel.

Ainsi, par exemple, dans la décision déjà mentionnée du 14 février 2000, le Tribunal des conflits a estimé se trouver en l'espèce en présence d'un GIP chargé d'un service public administratif et en a déduit que ses agents relevaient du droit public par application de sa jurisprudence dite « Berkani » (TC, 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes). Pour autant, et c'est là qu'apparaît la différence avec les établissements publics, un GIP peut faire assurer des tâches administratives à caractère permanent par des agents contractuels et non par des

fonctionnaires sans que soit intervenu un décret dérogatoire pris après avis du Conseil supérieur de la fonction publique (CE, 1^{er} décembre 1997, Synd. national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales).

Le Conseil d'Etat a admis, en outre, la possibilité pour les personnes publiques membres d'un GIP de mettre à disposition de celui-ci des agents contractuels de droit public qu'ils emploient, dès lors qu'aucune des dispositions qui régissent ces agents n'y fait obstacle (CE, 1^{er} avril 2005, Synd. national des affaires culturelles).

C. Autres règles

Pour le reste, le régime des GIP se caractérise par une certaine souplesse (c'est leur raison d'être) et il appartient aux textes institutifs d'apporter les précisions nécessaires sous réserve des dispositions figurant dans la loi ou de celles éventuellement prises par décret pour fixer des modalités d'application de la loi (cf supra).

N'étant pas soumis de plein droit aux règles qui s'appliquent aux établissements publics, les GIP n'entrent notamment pas dans le champ d'application du code des marchés publics, qui ne régit que les marchés de l'Etat, de ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Toutefois, les GIP qui ont pour objet de satisfaire un besoin autre qu'industriel et commercial, c'est-à-dire la plupart sinon la totalité de ceux-ci, sont regardés comme des « pouvoirs adjudicateurs » au sens du droit communautaire et doivent donc appliquer pour leurs marchés dépassant les seuils fixés par les directives les règles de publicité et de mise en concurrence définies par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 et le décret n° 92-311 du 31 mars 1992. Par ailleurs il est possible de prévoir, dans la convention constitutive, l'application par le GIP des règles du code des marchés publics ; cela a été fait dans certains cas, notamment pour des GIP constitués quasi-exclusivement par l'Etat et des établissements publics administratifs comme le Centre des études européennes de Strasbourg.

La situation est à peu près la même en ce qui concerne les règles de la comptabilité publique. Les GIP ne sont pas soumis de plein droit au décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, dont l'article 1^{er} limite le champ d'application à l'Etat, aux établissements publics nationaux, aux collectivités territoriales et aux établissements publics qui leur sont rattachés. Il convient donc de déterminer si la comptabilité sera une comptabilité de droit privé ou s'il y a lieu de prévoir la désignation d'un comptable public et l'application des règles fixées par le décret de 1962 pour les établissements publics (articles 154 à 189 : établissements publics nationaux à caractère administratif ; articles 190 à 225 : établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial dotés d'un agent comptable). La désignation d'un comptable public et l'application des règles du décret de 1962, qui sont justifiées et logiques dans le cas de GIP exclusivement composés de personnes publiques elles-mêmes soumises à la comptabilité publique, ont pour corollaire la compétence juridictionnelle sur les comptes du GIP de la Cour des comptes ou de la chambre régionale des comptes.

D. Contrôle des GIP

Les GIP sont soumis au contrôle de leur gestion par la Cour des comptes dans les conditions prévues par l'article L. 133-2 du code des juridictions financières. Cela résulte de cet article lui-même, mais certaines dispositions législatives instituant des GIP l'ont expressément confirmé (voir notamment l'article L. 341-4 du code de la recherche, issu de l'article 21 de la loi du 15 juillet 1982).

Les GIP n'entrent pas de plein droit dans le champ du décret n° 55-733 du 26 mai 1955 relatif au contrôle économique et financier de l'Etat mais peuvent y être soumis par décret, ce qui conduira à la désignation d'un contrôleur d'Etat. La plupart des décrets mentionnés plus haut

assujettissent ainsi les GIP qu'ils régissent au contrôle d'Etat. Le décret n° 53-707 du 9 août 1953 peut également être rendu applicable aux GIP dans lesquels l'Etat et les établissements publics et entreprises publiques sont majoritaires ; cela a pour effet de soumettre à approbation par l'Etat un certain nombre de décisions (budget, comptes, prises de participation).

Il est par ailleurs possible de soumettre les GIP à d'autres contrôles ou inspections. C'est ainsi, par exemple, que les agences régionales de l'hospitalisation, qui ont été créées sous forme de GIP, sont soumises au contrôle de l'inspection générale des affaires sociales en vertu de l'article L. 6115-2 du code de la santé publique.

III – Règles de consultation

Les GIP ne sont pas soumis aux règles des lois statutaires relatives aux trois fonctions publiques en ce qui concerne les instances de représentation du personnel. Il n'y est donc pas créé de comités techniques paritaires.

Cependant, la création d'un GIP est une mesure d'organisation du service qui peut, comme la création d'un établissement public, affecter les attributions et l'organisation d'une administration de l'Etat ou d'un établissement public, et nécessiter pour cette raison une consultation préalable du ou des comités techniques paritaires intéressés. On se reportera donc aux développements consacrés à cette question dans la fiche 5.2.3 consacrée aux établissements publics.

Dispositions existantes autorisant ou prévoyant la création de GIP
(par ordre chronologique)

Références de la loi (1)	Objet du ou des GIP (2)	Décret d'application
Article 21 de la loi n° 82- 610 du 15 juillet 1982 / articles L. 341-1 à L. 341-4 du code de la recherche	Activités de recherche et de développement technologique, gestion d'équipements nécessaires à ces activités	n° 83-204 du 15 mars 1983 n° 2000-1064 du 30 octobre 2000
Article 45 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 / article L. 719-11 du code de l'éducation	Activités de caractère scientifique, technique, professionnel, éducatif et culturel et gestion de services ou équipements d'intérêt commun	n° 85-605 du 13 juin 1985 n° 2000-1270 du 26 décembre 2000
Article 50 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984	Promotion et développement des activités physiques et sportives	n° 86-543 du 14 mars 1986
Article 12 de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985	Activités de recherche, de valorisation de la recherche, d'expérimentation, de diffusion d'informations ou de formation dans le domaine de la protection et de la mise en valeur de la zone de montagne	
Article 6 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987	Aider les établissements pénitentiaires membres à organiser le travail et la formation des détenus	
Article 22 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 / article L. 423-2 du code de l'éducation	Activités dans les domaines de la culture, de la jeunesse et de l'action sanitaire et sociale, création et gestion des équipements ou des services d'intérêt commun nécessaires à ces activités ; activités dans le domaine de l'enseignement technologique et professionnel du second degré (article L. 423-2)	n° 88-41 du 14 janvier 1988 n° 88-1034 du 7 novembre 1988 n° 91-1215 du 28 novembre 1991 n° 2002-209 du 15 février 2002
Articles 18 ter et 19 de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 / articles L. 423-1 et L. 423-3 du code de l'éducation	Activités dans le domaine de la formation continue des établissements d'enseignement (article L. 423-1) ; prestations de services à titre onéreux de lycées professionnels en vue de transferts de technologie (article L. 423-3)	n° 92-276 du 26 mars 1992 n° 2001-757 du 28 août 2001 n° 2001-1227 du 19 décembre 2001
Article 3 de la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 / article L. 226-6 du code de l'action sociale et des familles, complété par l'article 9 de la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004	Activités d'observation et de prévention des mauvais traitements aux mineurs ; accueil téléphonique gratuit dans les départements et, au plan national, Observatoire de l'enfance en danger	
Article 7 de la loi n° 89-905 du 19 décembre 1989 (disposition abrogée et remplacée ; cf infra article 2 de la	Missions locales pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes, chargées de fonctions d'accueil, d'information et d'accompagnement	

loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005)		
Article 33 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990	Gestion d'œuvres sociales et de services communs de La Poste et France Télécom	
Article 55 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991	Aide à l'accès au droit (conseils départementaux)	n° 91-1266 du 19 décembre 1991, articles 141 à 151
Article 7 de la loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 / article L. 6134-1 du code de la santé publique	Actions de coopération, y compris internationales, des établissements publics de santé	
Article 12 de la loi n° 91-1381 du 30 décembre 1991 / article L. 542-11 du code de l'environnement	Stockage des déchets radioactifs : accompagnement et gestion des équipements pour faciliter l'installation de laboratoires souterrains	n° 92-1366 du 29 décembre 1992
Article 50 de la loi n° 91-1405 du 31 décembre 1991	Assistance technique et coopération internationale en matière de travail, emploi et formation professionnelle	n° 92-373 du 1 ^{er} avril 1992
Article 53 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 Article 133 de la même loi / articles L. 1115-2 et L. 1115-3 du code général des collectivités territoriales / article 21 modifié de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982	Institut chargé d'études et de recherches sur l'organisation, les finances et les compétences des collectivités territoriales et des services publics locaux Coopération interrégionale et transfrontalière des collectivités territoriales (L. 1115-2) Elaboration et mise en œuvre de politiques concertées de développement social urbain (L. 1115-3 et article 21)	n° 93-571 du 27 mars 1993 / articles D. 1115-1 à D. 1115-7 du code général des collectivités territoriales n° 93-705 du 27 mars 1993 (DSU)
Article 30 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992	Activités de développement ou d'intérêt commun dans le domaine du tourisme	n° 93-237 du 22 février 1993
Article 8 de la loi n° 92-646 du 13 juillet 1992 (article 22-4 de la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975) / article L. 541-43 du code de l'environnement	Faciliter l'installation et l'exploitation de tout nouveau centre collectif de traitement des déchets industriels spéciaux ou de toute nouvelle installation de stockage de déchets ultimes	n° 94-729 du 23 août 1994
Article 26 de la loi n° 92-675 du 17 juillet 1992	Activités de formation et d'orientation professionnelle et création et gestion des équipements ou des services d'intérêt commun nécessaires à ces activités	n° 93-81 du 19 janvier 1993
Article 89 (II) de la loi de finances pour 1993 (n° 92-1376 du 30 décembre 1992)	Activité de valorisation non alimentaire des productions agricoles ; Agence nationale pour la valorisation des cultures énergétiques	
Article 96 de la loi n° 93-121 du	Activités d'assistance technique ou de	

27 janvier 1993	coopération internationale dans le domaine de la coopération non gouvernementale	
Loi n° 94-342 du 29 avril 1994	Informatisation du livre foncier dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle (NB : transformé en établissement public par l'article 137 de la loi de finances rectificative pour 2004)	n° 94-662 du 27 juillet 1994
Article 22 de la loi n° 94-628 du 25 juillet 1994	Activités d'enseignement, de formation initiale et continue, d'ingénierie ou de recherche relatives aux questions européennes ou à la coopération administrative internationale ; création et gestion des équipements ou services d'intérêt commun nécessaires à ces activités	n° 95-299 du 17 mars 1995
Article 57 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 / article L. 131-8 du code de l'environnement	Activités dans le domaine de l'environnement et création et gestion des équipements ou services d'intérêt commun nécessaires à ces activités	n° 95-636 du 6 mai 1995
Articles 11 à 23 de l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 / articles L. 6115-1 à L. 6115-10 du code de la santé publique	Agences régionales de l'hospitalisation chargées de la définition et de la mise en œuvre de la politique régionale d'offre de soins hospitaliers ainsi que de l'analyse et la coordination de l'activité des établissements de santé et de la détermination de leurs ressources	n° 96-1039 du 29 novembre 1996 / articles R. 710-17-1 à R. 710-17-9 du code de la santé publique
Article 37 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 / article 6-4 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990	Fonds de solidarité pour le logement chargés d'aider les locataires à assumer leurs obligations financières	n° 2005-212 du 2 mars 2005
Article 86 (V) de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 / article L. 611-3 du code rural Article 129 de la même loi / article L. 812-5 du code rural	Activités d'intérêt commun concernant le développement et la promotion des produits agricoles et agroalimentaires Création par des établissements publics d'enseignement supérieur agricole de pôles de compétences à vocation internationale ou exercice en commun par ces établissements d'activités de caractère scientifique, technique, professionnel, éducatif et culturel et gestion en commun d'équipements ou services d'intérêt commun (article L. 812-5)	n° 2000-1149 du 27 novembre 2000 (L. 812-5) n° 2001-1044 du 9 novembre 2001 (L. 611-3)
Article 43 (I) de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 / article L. 6113-10 du code de la santé publique	Groupement pour la modernisation du système d'information hospitalière chargé de concourir à la mise en cohérence, à l'interopérabilité, à l'ouverture et à la sécurité des systèmes d'information utilisés par	

	les établissements de santé membres	
Articles 27 et 29 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000	Maisons des services publics destinées à faciliter les démarches des usagers et à améliorer la proximité des services publics sur le territoire en milieu urbain et rural	n° 2001-494 du 6 juin 2001
Article 90 de la loi n° 2000-719 du 1 ^{er} août 2000	Assurer l'accueil et l'orientation des journalistes en France et faciliter leur travail	n° 2000-1290 du 26 décembre 2000
Article 1 ^{er} (III) de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 / article L. 121-3 du code de l'urbanisme	Agences d'urbanisme chargées de suivre les évolutions urbaines, de participer à la définition des politiques d'aménagement et de développement, à l'élaboration des documents d'urbanisme et à la préparation des projets d'agglomération	
Article 44 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001	Activités d'information, d'étude, d'expertise, de prospection et de conseil contribuant au développement économique de Mayotte	n° 2002-1452 du 8 décembre 2002
Article 21 de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 / article L. 312-7 du code de l'action sociale et des familles	Favoriser la coordination et la complémentarité des établissements et services sociaux et médico-sociaux et garantir la continuité des prises en charge et de l'accompagnement	
Article 90 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002	Assistance technique et coopération internationale dans les domaines de la santé et de la protection sociale	
Article 8 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 / articles L. 1411-14 à L. 1411-19 du code de la santé publique	Groupement régional (ou territorial) de santé publique chargé de mettre en œuvre les programmes de santé contenus dans le plan régional	n° 2005-419 du 3 mai 2005 / articles D. 1415-51 à D. 1415-59 du code de la santé publique (INC)
Article 33 de la même loi / articles L. 1415-2 à L. 1415-6 du code de la santé publique	Institut national du cancer chargé de coordonner les actions de lutte contre le cancer	
Article 44 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004	A titre expérimental, gestion et paiement des programmes relevant de la politique de cohésion économique et sociale de la Communauté européenne	
Article 64 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 / article L. 161-36-5 du code de la sécurité sociale	Institut des données de santé chargé d'assurer la cohérence et de veiller à la qualité des systèmes d'information utilisés pour la gestion du risque maladie	
Article 68 de la même loi	Agences régionales de santé chargées à titre expérimental des compétences des agences régionales de l'hospitalisation et des unions régionales des caisses d'assurance	

Article 91 de la même loi / article L. 216-11 du code de l'éducation	maladie Développement par l'Etat et les collectivités territoriales d'activités communes dans le domaine éducatif et culturel et création et gestion des moyens et services nécessaires à ces activités	
Article 3 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004	Favoriser l'utilisation des technologies de l'information, en vue de développer l'administration électronique ou de gérer des équipements d'intérêt commun dans ce domaine	
Article 1 ^{er} de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 / articles L. 311-10 et L. 311-10-1 du code du travail Article 2 de la même loi / articles L. 311-10-2 et L. 311-10-3 du code du travail Article 131 de la même loi / article L. 341-1 du code de la recherche	Maisons de l'emploi chargées de contribuer à la coordination des actions menées dans le cadre du service public de l'emploi et de participer à certaines de ces actions Missions locales pour l'insertion professionnelle et sociale chargées d'aider les jeunes dans leurs efforts d'insertion en assurant des fonctions d'accueil, d'information, d'orientation et d'accompagnement Soutien éducatif, culturel, social et sanitaire aux enfants relevant de l'enseignement du premier et du second degré	
Article 64 de la loi n°2005-102 du 11 février 2005/articles L.146-3 à L.146-12 du code de l'action sociale et des familles	Maisons départementales des handicapés chargées d'offrir à ceux-ci un accès unique à leurs droits, prestations et possibilités d'appui et de leur faciliter les démarches	
Article 236 de la loi n° 2005-157 du 23 février 2005	Actions dans le domaine de l'aménagement du territoire et du développement économique, contribuant à l'étude, à la recherche ou à la formation, ainsi qu'à la réalisation d'actions spécifiques en matière d'aménagement du territoire, de prospection des investissements étrangers ou de développement des massifs de montagne	
Article 4 de la loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005	Agence française de l'adoption chargée d'informer, de conseiller et de servir d'intermédiaire pour l'adoption de mineurs étrangers de quinze ans	
Article 25 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005	Exercice d'activités dans le domaine de la maîtrise de l'énergie ou de la	Décret n°2006-252 du 2 mars 2006

	promotion des énergies renouvelables, création ou gestion des équipements, personnels ou services communs nécessaires à ces activités	
--	--	--

(1) Référence du texte source et indication de la loi ou du code dans laquelle la disposition a été insérée

(2) Il convient de signaler que le champ d'application des dispositions en cause est parfois également limité par l'exigence de la participation d'une certaine catégorie d'établissements publics ; ainsi, par exemple, les GIP de l'art. L. 719-11 du code de l'éducation doivent comprendre un ou plusieurs établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP).

FICHE 5.2.5

CREER, MODIFIER OU SUPPRIMER UN REGIME D'AUTORISATION OU DE DECLARATION

Même si la liberté d'agir doit être assurée aux personnes, de nombreuses activités peuvent être soumises, préalablement à leur exercice, à déclaration ou autorisation administrative, pour divers impératifs d'intérêt général : assurer le respect des libertés publiques ou individuelles des tiers, préserver l'ordre public, la santé publique, protéger le domaine public... L'instauration de tels régimes contraignants doit, cependant, répondre à une réelle nécessité et n'imposer que des sujétions strictement proportionnelles à l'intérêt public. Au regard des objectifs de la politique de réforme de l'Etat et de simplification administrative, il convient de préférer, chaque fois que possible, un dispositif de déclaration à un régime d'autorisation. En application de cette orientation, les lois de simplification du droit n° 2003-591 du 2 juillet 2003 et n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 ont d'ailleurs habilité le Gouvernement à substituer, par ordonnance, des régimes déclaratifs à certains régimes d'autorisation administrative préalable auxquels sont soumises les entreprises.

Soumettre l'exercice d'une activité à un régime de déclaration préalable ou d'autorisation préalable nécessite une intervention du législateur : l'article 34 de la Constitution dispose en effet que « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » et il est très rare qu'un régime de déclaration ou d'autorisation préalable n'affecte pas l'exercice des libertés publiques, au nombre desquelles figure, notamment, celle du commerce et de l'industrie. On notera, en particulier que, sauf habilitation législative, les autorités détentrices de pouvoirs de police administrative ne sont pas habilitées à subordonner l'exercice d'une activité à déclaration ou autorisation préalables (CE Ass., 22 juin 1951, Daudignac ; 31 juillet 1996, Sté France affichage Vaucluse).

La compétence n'appartient au pouvoir réglementaire que dans deux hypothèses :

- lorsqu'une législation déjà en vigueur restreint l'exercice d'une liberté publique selon des modalités que la réglementation envisagée ne fait que préciser ou compléter (CE Sect. 25 juillet 1975, Min. de l'équipement c/ Sieur Richoux ; Ass. 11 juillet 1984, Blat ; Ass. 7 juillet 2004, Min. de l'intérieur c/ M. Benkerrou). Le règlement complémentaire doit, dans ce cas, rester dans la ligne de la législation considérée et ne saurait en affecter l'économie ou l'équilibre ;
- lorsqu'il s'agit de soumettre à un régime d'autorisation préalable des activités s'exerçant sur le domaine public et faisant un usage anormal des dépendances de ce domaine (CE Sect., 29 janvier 1932, Sté des autobus antibois).

Hormis ces cas, la création d'un régime de déclaration ou d'autorisation nécessite l'élaboration d'un projet de loi. La loi peut, selon les règles habituelles, renvoyer à des décrets d'application le soin de préciser les modalités du régime de déclaration ou d'autorisation qu'elle crée ou modifie.

On rappellera également qu'un projet de loi doit respecter les règles et principes du bloc de constitutionnalité, comme l'a souligné la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association (n° 71-44 DC du 16 juillet 1971), ainsi que, le cas échéant, les règles de droit international en vigueur.

I. Création, modification ou suppression d'un régime de déclaration

Un tel régime peut répondre à des objectifs de différentes natures : il peut avoir pour seul objet d'informer les pouvoirs publics sur l'exercice de certaines activités et sur l'identité de ceux qui les exercent, avoir pour objet d'informer des tiers en assurant une forme de publicité de certaines activités, ou bien encore concourir à une discipline économique ou professionnelle. La détermination du ou des objectifs poursuivis est un préalable indispensable à l'élaboration des règles, qui devront être en cohérence avec l'objet du régime envisagé.

Il convient, à cet égard, de se poser les principales questions suivantes, et d'y apporter une réponse dans les dispositions proposées.

A. Quelles seront les personnes et les activités soumises à déclaration ?

Il est nécessaire de fixer avec précision le champ du régime que l'on crée ou modifie. Dans toute la mesure du possible, on désignera les personnes ou activités concernées en se référant à des catégories juridiques définies.

B. La déclaration sera-t-elle obligatoire ou facultative ?

La plupart des régimes en vigueur rendent les déclarations obligatoires, mais les objectifs poursuivis peuvent se satisfaire d'une déclaration facultative.

Le choix d'un régime obligatoire emporte des conséquences nécessaires en matière de contrôle et de poursuite des contrevenants (voir, *infra*, f et g). Un régime facultatif n'a de portée pratique que si la déclaration confère des droits ou avantages à ceux qui y procèdent (voir *infra*, d).

C. La déclaration sera-t-elle la condition de l'exercice légal d'une activité ?

La réponse n'est pas nécessairement positive, quand bien même la déclaration est obligatoire. L'objet de la déclaration peut être seulement d'informer l'administration (notamment à des fins statistiques), ou d'accorder certains droits ou avantages aux personnes qui se sont déclarées. Dans ce dernier cas, l'activité des personnes non déclarées n'est pas illégale, mais elle ne peut faire bénéficier de ces droits et avantages.

Lorsque la déclaration est une condition de l'exercice régulier de l'activité concernée, il y a lieu, d'une part, de préciser que la déclaration doit précéder le début de l'exercice de cette activité, d'autre part, de prévoir les sanctions auxquelles s'exposent les contrevenants ainsi que les modalités des poursuites (voir, *infra*, g).

D. La déclaration aura-t-elle pour effet de faire bénéficier ceux qui l'auront souscrite de droits ou garanties particuliers ?

La déclaration peut avoir pour objet ou pour effet de faire bénéficier les personnes qui s'y sont soumises d'un régime juridique plus favorable que celui qui est applicable aux personnes non déclarées (en matière de capacité juridique, de financements publics, de représentation dans des instances consultatives...). Ces droits doivent être définis avec précision.

E. Quelles seront les modalités de dépôt des déclarations ?

Les textes doivent préciser, à cet égard, la date de la déclaration (doit-elle, en particulier, précéder l'exercice régulier de l'activité ou peut-elle être postérieure, conditionne-t-elle tout ou partie des droits et avantages résultant de la déclaration ?), l'administration ou la juridiction auprès de laquelle le dépôt doit être fait, son contenu et les pièces qui doivent l'accompagner.

L'enregistrement des déclarations dans les préfectures ou sous-préfectures offre, tout à la fois, une garantie de fiabilité et une commodité de proximité. Des circonstances particulières, tenant principalement à la nature des activités en cause et des contrôles administratifs, peuvent justifier un enregistrement auprès de services déconcentrés spécialisés, auprès d'organismes spécialisés (notamment en matière d'intervention économique), voire auprès de services nationaux. Certaines matières peuvent justifier, par ailleurs, un enregistrement dans une juridiction (comme le prévoit, par exemple, la loi de 1881 sur la presse).

Il faut préciser les informations que la déclaration doit comporter (identité ou raison sociale du déclarant, nature précise de l'activité, lieu d'exercice, références juridiques, techniques ou financières...) et les pièces complémentaires dont elle doit être assortie. (justificatifs de titres, garanties, assurances, documents techniques, plans de situation, études d'impact...). Le texte fixera également les obligations relatives à la mise à jour des données soumises à déclaration, notamment en cas de modification des conditions d'exercice de l'activité.

F. Quels seront les modalités et effets des contrôles administratifs sur les déclarations ?

Sauf dispositions contraires, l'autorité qui enregistre la déclaration est tenue de délivrer le récépissé attestant le respect formel de l'obligation, sans pouvoir exercer préalablement un contrôle sur l'exactitude des données déclarées. Ce contrôle n'intervient qu'après délivrance du récépissé et peut donner lieu, selon les règles applicables, à la saisine des autorités investies, le cas échéant, d'un pouvoir de sanction. Il est donc nécessaire de prévoir, en cas de nécessité, une disposition législative autorisant explicitement l'exercice d'un tel contrôle avant la délivrance du récépissé, a fortiori s'il s'agit de conférer à l'administration un pouvoir d'opposition à la déclaration.

G. Quelles seront les prérogatives de l'administration et des autorités judiciaires en cas de non-respect de l'obligation de déclaration ?

D'une façon générale, plusieurs schémas sont envisageables.

- Le régime de déclaration peut, en premier lieu, se borner à donner à l'administration des informations relatives à l'existence et à l'identité des personnes exerçant l'activité concernée, sans lui conférer d'autre prérogative que celle de veiller, le cas échéant, au respect de l'obligation de déclaration et de poursuivre, à défaut, les contrevenants devant les instances judiciaires compétentes. Dans un tel régime qui est, notamment, celui applicable aux associations en vertu de la loi du 1^{er} juillet 1901, l'administration ne pourra pas refuser la délivrance du récépissé de la déclaration.

- Les textes peuvent, en deuxième lieu, autoriser l'administration à imposer le respect de prescriptions spéciales, au vu de la déclaration. Tel est, par exemple, le régime applicable en vertu de la loi du 19 juillet 1976, reprise au code de l'environnement, à certaines installations classées pour la protection de l'environnement qui doivent respecter les prescriptions édictées par le préfet.

- Il est possible, en troisième lieu, de prévoir l'exercice par l'administration (si nécessaire par voie de saisine de l'autorité judiciaire) d'un pouvoir d'opposition consécutif au dépôt de la déclaration. Ce régime, qui se rapproche de celui de l'autorisation préalable, est notamment illustré par les textes qui régissent l'ouverture des établissements privés d'enseignement.

Il y a enfin toujours lieu de préciser les sanctions administratives ou pénales susceptibles d'être prononcées en cas de manquement à l'obligation de déclaration ainsi que les procédures applicables.

H. Quel usage pourra être fait par les autorités publiques, en dehors des contrôles et des éventuelles poursuites des contrevenants, des informations révélées par les déclarations ?

Il est possible, notamment, de prévoir des modalités de publicité (intégrale ou par extraits), par voie de publication ou d'affichage, des déclarations. Rien ne fait obstacle à ce que les éventuels bénéfices de la déclaration soient subordonnés à l'accomplissement de ces modalités de publicité.

A défaut de règles spéciales, les éléments communiqués à l'administration seront accessibles aux tiers selon les règles générales de la communication des documents administratifs fixées, principalement, par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. Les conditions d'exploitation des éventuels traitements informatisés effectués à partir des déclarations sont, par ailleurs, soumises aux dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui peuvent imposer la consultation préalable de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL ; voir *fiche 5.2.9 Créer un traitement automatisé*).

II. Création, modification ou suppression d'un régime d'autorisation ou d'agrément préalable.

Les questions préliminaires à se poser avant la création d'un tel régime sont, pour partie, identiques à celles qui concernent les régimes de déclaration préalable, notamment celles mentionnées aux A., E., G. et H. du I.

Mais certaines questions particulières se posent également.

A. Quelle sera l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation ?

Il convient de se conformer, en la matière, aux règles générales fixées par le décret n° 97-34 du 15 janvier 1997 relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles et par le décret n° 97-1206 du 19 décembre 1997 pris pour son application. En vertu de ces règles générales, les décisions individuelles sont prises par le préfet et il ne peut y être dérogé que par décret en Conseil d'Etat (et en conseil des ministres s'il s'agit de prévoir une décision prise par un ministre ou par décret).

Outre les autorités ministérielles ou déconcentrées de l'Etat, les autorités administratives indépendantes ainsi que d'autres organismes chargés de missions de service public (notamment les fédérations sportives) peuvent également être investis du pouvoir de décision.

B. Le pouvoir de décision de l'autorité compétente sera-t-il libre ou encadré par des règles générales ou des critères ?

Contrairement aux régimes de déclaration, les régimes d'autorisation confèrent nécessairement un pouvoir de décision à l'autorité compétente. Deux possibilités s'offrent à cet égard :

- soit les textes fixent les conditions que doivent remplir les personnes qui sollicitent l'autorisation et donnent compétence liée à l'autorité chargée de délivrer l'autorisation dès lors que ces conditions sont remplies ;
- soit les textes donnent à l'autorité publique un pouvoir d'appréciation pour délivrer ou refuser l'autorisation selon des critères fixés par la loi ou par des directives internes à l'administration (voir infra c). Ce pouvoir d'appréciation s'exerce sous le contrôle du juge.

C. Quelles seront les modalités d'instruction des demandes d'autorisation ?

Elles doivent être définies avec d'autant plus de précision que le régime restreint l'exercice des libertés publiques. La loi peut toutefois se borner à fixer les règles principales (autorité compétente, délais de procédure, éventuelle autorisation tacite, nature des conditions à remplir, durée de validité de l'autorisation, pouvoirs de contrôle et modalités de recours) et renvoyer les autres dispositions à des textes réglementaires d'application.

La délivrance de l'autorisation peut être subordonnée à la réalisation d'une enquête publique, comme c'est le cas, par exemple, en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement.

D. Les autorisations délivrées pourront-elles être assorties de conditions ?

Les régimes d'autorisation comportent fréquemment la possibilité pour l'autorité administrative d'imposer aux personnes autorisées à exercer une activité le respect de certaines conditions. Ces conditions, plus ou moins restrictives selon l'objet de l'autorisation et le degré du contrôle que l'on souhaite conférer à l'autorité compétente, peuvent s'appliquer aux personnes qui sollicitent l'agrément (formation, moralité...) comme aux modalités d'exercice de l'activité (exercice individuel ou en société, durée d'exercice, lieu d'exercice...). Elles peuvent reposer sur des critères juridiques, moraux, matériels ou financiers et doivent être définies avec précision, soit dans le texte qui institue le régime, soit par renvoi à d'autres textes. Les textes peuvent, notamment, subordonner l'autorisation à des engagements pris par la personne qui en bénéficie (comme, par exemple, en matière d'autorisations d'utilisation de fréquences par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ou en matière de participation au service public hospitalier des établissements privés).

Un même régime peut édicter des conditions variables en fonction, notamment, des risques que l'activité présente ou de l'importance de la zone sur laquelle elle s'exerce.

E. Les autorisations pourront-elles être cédées à des tiers, et selon quelles modalités ?

En principe, les autorisations administratives sont accordées en considération de la personne et ne peuvent, par suite, être cédées à des tiers. La loi peut autoriser le bénéficiaire à céder son autorisation ; il faut, le cas échéant, que les textes précisent les conditions auxquelles une telle cession est subordonnée et il est souhaitable de prévoir une information préalable de l'autorité publique compétente ainsi qu'un pouvoir d'opposition de cette autorité.

Sauf disposition contraire, une cession autorisée intervient à titre gratuit. La jurisprudence judiciaire a regardé parfois les avantages résultant d'une autorisation administrative

comme des éléments de patrimoine professionnel intégrés aux fonds de commerce et il peut être opportun d'introduire une disposition dans la loi afin de fixer sur ce point une règle générale.

F. Dans quelles conditions les autorisations pourront-elles être suspendues, retirées ou devenir caduques?

Les motifs d'intérêt public susceptibles de remettre en cause (suspension, retrait, caducité) une autorisation délivrée et les dispositions nécessaires (autorité compétente, délais, procédure) doivent être définis afin de répondre à un triple objectif : assurer le caractère effectif du pouvoir conféré à l'autorité compétente, garantir les droits du bénéficiaire de l'autorisation, réduire les risques de contentieux.

On trouvera en annexe la référence de textes instituant des régimes d'autorisation ou de déclaration et dont il est possible de s'inspirer.

ANNEXE :

EXEMPLES DE TEXTES REGISSANT DES REGIMES DE DECLARATION OU D'AUTORISATION

Déclarations :

- Articles 7 à 11 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.
- Articles L.154, L.210-1, L.264 et L.346 du code électoral, relatifs aux déclarations de candidatures aux élections politiques.
- Articles L.441-1 et suivants du code de l'éducation, relatifs à l'ouverture des établissements privés d'enseignement.
- Article 16 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- Articles L.3322-1 et L.3351-1 du code de la santé publique, relatifs à la fabrication et au commerce des boissons alcoolisées.
- Article L.342-8 du code monétaire et financier relatif aux opérations de démarchage financier.
- Articles du code de l'urbanisme, relatifs aux déclarations de travaux.
- Article L.211-14 du code rural, relatif à la détention de chiens dangereux.
- Article L.234-1 du code rural, relatif à certains élevages d'animaux.
- Articles L.253-1 et suivants du code rural, relatifs aux autorisations de mise sur le marché de produits antiparasitaires à usage agricole.

Autorisations :

- Articles L.421-1 et suivants et R.421-1 et suivants du code de l'urbanisme, régissant les permis de construire.
- Articles L.430-1 et suivants et R. 430-1 et suivants du code de l'urbanisme, régissant les autorisations de démolir.
- Articles L.315-1-1 et R.315-3 et suivants du code de l'urbanisme, régissant les autorisations de lotir.
- Articles L.214-1 et suivants du code de l'environnement relatifs à l'exploitation des eaux.
- Articles L.423-5 et suivants du code de l'environnement, relatifs au permis de chasser.
- Loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, codifiée aux articles L.512-1 et suivants du code de l'environnement.
- Articles L.33-1 et suivants du code des postes et communications électroniques, relatifs aux réseaux de télécommunications.
- Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.
- Articles 14 et suivants du code de l'industrie cinématographique.
- Article L.341-10 du code de l'environnement, relatif à la destruction et à la modification des monuments ou sites classés, et son décret d'application n°88-1124 du 15 décembre 1988, ainsi que l'article L.341-19 du même code fixant les dispositions pénales.
- Articles 25 et suivants du code minier, relatifs aux concessions et autorisations d'exploitation.
- Articles 8 et 9 de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques.
- Articles L.321-1 et suivants du code des assurances, relatives à l'agrément des entreprises d'assurances.
- Loi n°70-9 du 2 janvier 1970 régissant l'activité des agents immobiliers.
- Articles L.212-1 et suivants du code du tourisme (licence d'agents de voyages).
- Articles L.212-1 et suivants du code de la route, relatifs à l'enseignement de la conduite.
- Articles L.221-1 et suivants et R.221-1 et suivants du code de la route, relatifs aux permis de conduire.
- Articles L.5121-8 et suivants du code de la santé publique relatifs aux autorisations de mise sur le marché des médicaments.
- Articles L.313-1 et suivants du code de la famille et de l'action sociale, relatives aux établissements médico-sociaux.
- Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique.

- Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile (notamment ses articles L.311-1 à L.311-6 et L.322-2 relatifs aux autorisations de séjour et de travail).
- Articles L.312-9 et suivants du code du travail, relatifs aux bureaux privés de placement.
- Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (art. 7 fixant le régime des autorisations de production).
- Article L.6161-6 du code de la santé publique, relatif aux conditions exigées des établissements privés désirant être admis à participer au service public hospitalier.

FICHE 5.2.6

**PREVOIR DES SANCTIONS
ADMINISTRATIVES OU PENALES**

Les sanctions, qu'elles soient pénales ou administratives, ont une fonction essentiellement répressive. C'est l'intention de punir qui distingue la sanction, tout particulièrement la sanction administrative, d'autres mesures procédant de l'autorité publique avec lesquelles elle est quelquefois confondue, telles que des mesures de police ou des mesures de réparation.

Sans doute la sanction a-t-elle souvent, en outre, une fonction de dissuasion, et par là de prévention, mais ce n'est pas l'effet principalement recherché. Dans le doute, par exemple dans l'hypothèse d'un retrait d'agrément, le juge recherche quelle est la finalité essentielle du texte qu'il a à appliquer : une finalité essentiellement répressive caractérise la sanction (CE, 20 décembre 2000, Sté A Conseils Finance), tandis qu'une finalité essentiellement préventive caractérise une mesure de police (CE, 22 juin 2001, Sté Athis). De même, les pénalités fiscales ont été regardées comme des sanctions et non comme de simples réparations en raison de leur finalité essentiellement répressive (CE, avis, S., 31 mars 1995, SARL Auto-Industrie Méric ; CE, avis, S., 5 avril 1996, Houdmond).

Compte tenu des contraintes, notamment des garanties de fond et de procédure, auxquelles est soumise l'institution d'un dispositif de sanction, il est impératif de s'interroger au préalable sur le but que l'on poursuit réellement. S'il s'agit bien de réprimer un comportement, la sanction pénale et la sanction administrative donneront à l'autorité publique compétente – le juge ou une autorité administrative, laquelle peut être une autorité administrative traditionnelle ou « indépendante » - le pouvoir de priver l'auteur de l'infraction d'un droit ou de mettre à sa charge une obligation, notamment financière.

Les sanctions les plus graves relèvent en principe du droit pénal, mais cette hiérarchie n'est pas absolue : des amendes administratives prévues en matière fiscale, douanière ou de droit de la concurrence peuvent atteindre des montants nettement supérieurs à ceux des amendes pénales les plus courantes. En outre, le régime juridique de la sanction administrative tend à se rapprocher de celui de la sanction pénale, surtout en matière de garanties de procédure. En définitive, c'est la nature de l'autorité publique investie du pouvoir de sanctionner – le juge ou une autorité administrative - qui paraît constituer le critère de distinction pertinent entre sanction administrative et sanction pénale.

I. Les sanctions pénales

Les développements succincts qui suivent ne portent pas sur la cohérence des sanctions pénales et les moyens de la politique pénale et ne constituent que des éléments d'information. Il est rappelé que tout projet de création d'une sanction pénale doit faire l'objet suffisamment à l'avance d'une consultation du ministère de la justice.

A. La répartition des compétences entre la loi et le règlement

La Constitution – plus précisément ses articles 34 et 66, son Préambule et les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen auxquels celui-ci renvoie ainsi que les principes fondés sur ces textes – accorde une très large place à la loi en matière pénale. Aux termes de l'article 34, la loi fixe les règles concernant « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ».

Le règlement n'est toutefois pas exclu des sources du droit pénal. L'article 111-2 du code pénal rappelle la ligne de partage entre la loi et le règlement : « La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants ».

La formulation est succincte. Elle appelle quelques observations et compléments.

- Le législateur est seul compétent pour définir la catégorie des contraventions. La compétence réglementaire ne peut s'exercer que dans le cadre tracé par la loi à laquelle il revient de donner une définition générale des contraventions et de déterminer le régime qui leur est applicable. Ainsi, les peines susceptibles d'être encourues sont fixées dans la partie législative du code pénal (art. 131-12 et s. ; 131-40 et s.). D'autres dispositions législatives de ce code définissent les éléments du régime des contraventions (par ex. les règles relatives à la tentative ou à la complicité – art. 121-4 et s. – ou au concours d'infractions – art. 132-7).

- La détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables relève du domaine réglementaire pour autant que ces peines n'emportent pas privation de liberté (CC, décision n° 73-80 L du 23 novembre 1973). La loi n° 93-913 du 19 juillet 1993 a abrogé les dispositions qui prévoyaient, dans l'ancien code pénal, l'emprisonnement en matière contraventionnelle.

- Le « règlement » auquel se réfère l'article 111-2 du code pénal est nécessairement un décret. Selon l'article R. 610-1 du code pénal, le décret qui définit une contravention doit être pris « le Conseil d'Etat entendu, ». En dehors de cette hypothèse, le renvoi au décret au Conseil d'Etat est le plus souvent imposé par le législateur lorsqu'il y a lieu de prendre des mesures d'exécution de la loi pénale.

- S'il appartient exclusivement à la loi de prévoir des sanctions pénales en matière criminelle et correctionnelle et au règlement de prévoir des sanctions en matière contraventionnelle, il est possible de renvoyer à une norme inférieure, par délégation de la loi ou du règlement, la définition d'une incrimination. Ainsi, la loi peut-elle se borner à fixer le cadre général de la répression ainsi que les peines applicables et renvoyer au règlement le soin de préciser le champ d'application et les éléments constitutifs de l'infraction. A titre d'exemple, l'article 321-7 du code pénal punit, en matière de ventes d'objets usagés, le fait de ne pas tenir un registre de ces objets dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. Le Conseil constitutionnel a admis la validité de ce type de renvoi : « Aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infraction le manquement à des obligations qui ne résultent pas de la loi » (décision n° 82-145 DC du 10 novembre 1982). Il ne faut toutefois pas mésestimer les risques d'une telle répartition des tâches entre le législateur et le pouvoir réglementaire.

- L'article R. 610-5 du code pénal prévoit de façon générale que « la violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 1^{ère} classe ». Le champ d'application de ce texte, quoique vaste, est circonscrit aux manquements aux décrets et arrêtés de police. Il y a donc lieu de prévoir une sanction pénale adaptée si l'on envisage de réprimer des manquements à des prescriptions ayant un objet différent ou contenues dans des textes de nature différente. Il en va pareillement, même en matière de police, si l'on envisage une sanction plus sévère qu'une contravention de 1^{ère} classe.

- La procédure pénale, comme il a déjà été noté, figure au nombre des matières dont la loi fixe les règles. Ainsi, il n'appartient qu'au législateur de déterminer les agents ou catégories d'agents habilités à rechercher et constater des infractions pénales (CE, 30 décembre 2003, Union nationale CGT affaires sociales).

B. Les règles de fond

L'établissement d'une sanction pénale doit respecter plusieurs principes de valeur constitutionnelle : ceux de légalité des délits et des peines, de nécessité et de proportionnalité des

peines, de personnalité des peines et de non rétroactivité des lois répressives d'incrimination plus sévère.

Les personnes morales, à l'exception de l'Etat, sont pénalement responsables. Dans sa rédaction en vigueur depuis le 31 décembre 2005, issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, l'article 121-2 du code pénal donne à ce principe une portée générale. Ainsi, il n'est plus nécessaire d'insérer une mention expresse dans les dispositions propres à chaque infraction pour que les personnes morales puissent en être jugées pénalement responsables. Il n'en reste pas moins qu'il convient, à l'occasion de la création ou de la modification d'une sanction pénale, de s'interroger sur les conditions de son application aux personnes morales

1°) Le principe de légalité des délits et des peines

Ce principe est issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, loi sécurité et liberté). Le Conseil constitutionnel fonde aussi sur ce principe celui de l'interprétation stricte des dispositions pénales (décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996). Enfin, le Conseil a considéré qu'il résultait des articles 8 et 9 de la Déclaration que « la définition d'une incrimination criminelle et délictuelle doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci » (décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999).

Le droit conventionnel européen comporte la même exigence de clarté et de précision des textes (CEDH, 2 août 1984, Malone, série A, n° 82).

On veillera donc à proscrire les incriminations obscures parce que trop peu explicites qui se bornent à prévoir la sanction d'un ensemble de dispositions techniques selon une formule du type « toute infraction aux dispositions du (présent article, chapitre, etc...) est punie de ... ».

On s'attachera de même à proscrire les incriminations trop larges.

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de censurer des dispositions imprécises ou obscures. Il a, par exemple, censuré une disposition qui ne désignait pas clairement la personne susceptible de se voir imputer l'infraction (décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985) et des dispositions qui ne définissaient pas assez précisément les éléments constitutifs d'un délit : le délit de malversations en matière de faillite (même décision), le délit d'absence de diligences appropriées du fournisseur d'hébergement sur internet (décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000).

En l'absence de contrôle a priori du Conseil constitutionnel, le juge judiciaire peut être amené à écarter l'application d'un texte imprécis ou obscur. La Cour de cassation a, par exemple, estimé que ne pouvait servir de base à une condamnation pénale l'article 1^{er} du décret du 28 juillet 1988 qui sanctionne sans autre précision « les infractions aux dispositions des arrêtés pris en application de l'article L. 162-38 du code de la sécurité sociale » (Crim. 30 novembre 1992). Lorsque le texte imprécis ou obscur est une disposition législative, le juge pénal n'en contrôle pas la constitutionnalité mais peut l'écarter comme méconnaissant le principe de légalité des délits et des peines qui figure dans des normes internationales comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim. 20 février 2001).

2°) Le principe de nécessité et de proportionnalité des peines

Ce principe est aussi fondé sur l'article 8 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». On veillera au respect de ce principe même si le contrôle exercé par Conseil constitutionnel sur ce point est limité à la censure des disproportions manifestes (décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987).

Il est à noter que le Conseil constitutionnel a tiré de ce principe l'interdiction des « peines automatiques » (décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999).

3°) Le principe de personnalité des peines

En vertu du principe de la personnalité des peines qui découle des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, « nul n'est punissable que de son propre fait » (CC, décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, qui témoigne d'ailleurs d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre du principe).

4°) Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale,

Ce principe, qu'exprime l'article 8 de la Déclaration de 1789 – « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée » - s'applique aux dispositions pénales d'incrimination plus sévère. Il est absolu (décisions n° 92-307 DC du 25 février 1992 ; n° 93-325 DC du 13 août 1993 ; n° 96-377 DC du 16 juillet 1996).

Il est de ce fait interdit de « limiter les effets de la règle selon laquelle la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée » (décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981).

C. La procédure pénale

L'article 66 de la Constitution place la sauvegarde de la liberté individuelle de toute personne sous la protection de l'autorité judiciaire. Il s'ensuit que l'intervention du juge dans la procédure pénale ne saurait être ignorée, privée d'effet réel ou réduite d'une manière telle que ne serait pas respectées les dispositions de cet article. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel n'a admis la constitutionnalité de dispositions soumises à son examen que parce qu'il a considéré que le parquet étant composé de magistrats, ceux-ci pouvaient tout comme les juges du siège défendre la liberté individuelle en contrôlant la garde à vue (décision n° 93-326 DC du 11 août 1993) ou les recherches d'identité (décision n° 93-323 DC du 5 août 1993).

La liberté individuelle n'est toutefois assurée aux personnes mises en cause que dans la mesure où elle est compatible avec les nécessités de la recherche de la vérité. La jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît à cet égard assez pragmatique (décisions n° 93-323 DC du 5 août 1993 ; n° 93-326 DC du 11 août 1993 ; n° 97-389 DC du 22 avril 1997 ; 2002-461 DC du 29 août 2002).

Il convient en outre de ne pas porter atteinte aux garanties constitutionnelles ou tirées des conventions internationales, en particulier de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont bénéficie toute personne susceptible d'être poursuivie pénalement : la présomption d'innocence et le respect des droits de la défense.

1°) La présomption d'innocence

Elle découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789. Le Conseil constitutionnel veille à son respect (décisions n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 ; n° 95-360 DC du 2 février 1995 ; n° 98-408 DC du 22 janvier 1999). Le principe n'est cependant pas absolu.

D'une part, le Conseil constitutionnel a admis une exception sous forme de renversement de la charge de la preuve en matière contraventionnelle (répression des infractions à la réglementation de la vitesse sur les routes) : « Si, en principe, le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfutable et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité » (décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999).

D'autre part, le principe de la présomption d'innocence ne fait pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à des mesures restrictives ou privatives de liberté une personne à l'encontre de laquelle existent des indices suffisants quant à la participation à la commission d'un délit ou d'un crime. Mais, dans ce cas, les droits de la défense doivent être assurés.

2°) Le principe du respect des droits de la défense

Il fait partie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (décisions n° 76-70 DC du 2 décembre 1976 ; n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 ; n° 93-334 DC du 20 janvier 1994 ; n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000), et son champ d'application s'étend bien au-delà de la procédure pénale. Parmi les applications de ce principe, on citera en premier lieu le caractère contradictoire de la procédure : la personne poursuivie doit avoir accès à la procédure et répondre de l'accusation dont elle fait l'objet (décisions n° 92-307 DC du 25 février 1992 ; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999)

D. Codification

Indépendamment des cas où l'édiction d'une sanction pénale constitue le prolongement d'une législation dont l'objet principal n'est pas d'ordre répressif et où la sanction pénale peut être rattachée à cette législation, la détermination des infractions pénales doit figurer dans le code pénal. Elle n'a pas à figurer dans le code de procédure pénale, sauf si la sanction a pour objet exclusif d'assurer le respect d'une règle de procédure pénale (CE, Avis, AG n° 368.414 du 17 octobre 2002).

II. Les sanctions administratives

Si le Conseil constitutionnel a admis « qu'aucun principe ou valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction », il a aussitôt ajouté que ce n'est qu'à la condition, « d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée (soit) exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction (soit) assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis » (décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989). De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a également admis la validité du procédé de la sanction administrative au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais non sans rappeler le nécessaire respect des prescriptions de l'article 6 de celle-ci (CEDH, 21 février 1984, Oztürk c/ R.F.A.).

Il convient d'être attentif, si l'on envisage la création de sanctions administratives, au fait que le régime juridique de ce type de sanctions tend à se rapprocher de celui de la sanction pénale.

Les sanctions administratives qui sont nombreuses : avertissements et blâmes prononcés en matière disciplinaire, amendes, retraits d'avantages, d'agréments ou d'autorisations, fermetures voire suppressions d'établissements ou d'installations, interdictions d'exercer une profession etc. peuvent être regroupées, comme les sanctions pénales, en deux groupes : les sanctions privatives de droit et les sanctions patrimoniales.

A. La répartition des compétences entre la loi et le règlement

Le principe de légalité des délits et des peines implique que les infractions administratives et les sanctions correspondantes soient prévues par un texte (CC, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989). Toutefois, comme en matière pénale, ce texte n'a pas, dans tous les cas, à être une loi (CE, Ass., 7 juillet 2004, ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M. Benkerrou). Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a jugé que dès lors que le pouvoir réglementaire était compétent pour fixer certaines règles d'exercice d'une profession, il l'était également pour prévoir des sanctions administratives en rapport, par leur objet et leur nature, avec cette réglementation.

B. Les règles de fond

Les règles de fond applicables aux sanctions pénales le sont aussi aux sanctions administratives, à savoir, outre le principe de légalité des délits et des peines déjà cité :

- Le principe de nécessité et de proportionnalité des sanctions (CC, décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, § 15) ;

- Le principe de la personnalité des peines (CE, S., 8 janvier 1954, Dame Llouquet). L'application du principe aux personnes morales est malaisée dans le cas, notamment, de l'absorption de la société qui a commis le manquement par une autre société. Dans une affaire jugée le 22 novembre 2000, le Conseil d'Etat a opéré une distinction entre le blâme que le principe de personnalité des peines ne permettait pas d'infliger à la société absorbante et l'application à cette dernière d'une sanction pécuniaire à laquelle le même principe ne faisait pas obstacle (S. 22 novembre 2000 sté Crédit agricole Indosuez) ;

- le principe de non-rétroactivité des lois répressives plus sévères (CC, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 ; CE, 14 avril 1986, SCI Fournier, en matière de pénalités fiscales) et de rétroactivité des lois répressives plus douces (CE, avis, S. 5 avril 1996, Houdmond, toujours en matière de pénalités fiscales).

Cependant, le régime des sanctions administratives reste plus souple, à certains égards, que le régime des sanctions pénales : ainsi une définition précise des infractions sanctionnées n'est pas imposée. La référence aux obligations auxquelles des administrés sont soumis en vertu de dispositions législatives ou réglementaires suffit (voir à cet égard l'article L. 514-1 du code de l'environnement applicable aux exploitants d'une installation classée).

De même, l'élément moral de l'infraction, essentiel en matière pénale, est très réduit en matière de sanctions administratives.

C. Les règles de procédure

S'agissant des procédures, le même mouvement de rapprochement avec le régime des sanctions pénales peut être noté, mais le régime des sanctions administratives conserve des particularités.

Est applicable aux sanctions administratives, notamment, le principe du respect des droits de la défense (CE, S., 5 mai 1944, Dame veuve Tromprier-Gravier ; CC, décisions n° 97-389 DC du 22 avril 1997, n° 99-411DC du 16 juin 1999 au sujet du retrait de points du permis de conduire, n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001). En ce qui concerne la motivation de la décision de sanction et le caractère contradictoire de la procédure, ce principe est désormais formalisé dans les lois n° 79-587 du 11 juillet 1979 (motivation) et n° 2000-321 du 12 avril 2000 (art. 24 : caractère contradictoire de la procédure de sanction).

S'agissant des particularités, la plus notable est celle de ne pas faire obligatoirement intervenir un juge, sauf recours de la personne sanctionnée. Mais il existe aussi des procédures dans lesquelles la sanction administrative est prononcée par un organe présentant le caractère d'une juridiction, par exemple les formations disciplinaires des ordres professionnels dont les décisions rendues en dernier ressort peuvent être frappées d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat.

Dans l'hypothèse ordinaire où elle est prononcée par un organe administratif non juridictionnel, le recours contre une sanction administrative n'est pas suspensif mais il peut être fait usage des procédures d'urgence devant le juge.

D. Des garanties renforcées lorsque les sanctions sont prononcées par des autorités administratives indépendantes

Nombre d'autorités administratives indépendantes, notamment de régulation, détiennent à la fois le pouvoir de définir des règles, celui d'en assurer le respect et de prononcer des injonctions et des sanctions.

Cette combinaison de pouvoirs – qui ne contrevient pas, par elle-même, aux stipulations de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CE, 30 juillet 2003, Sté Dubus SA) – a pour contrepartie les garanties découlant de ces stipulations au titre de leur application aux « accusations en matière pénale ». Ainsi, alors même que les autorités administratives indépendantes ne sont pas des juridictions en droit interne, elles doivent, dans la mesure où elles infligent des sanctions pouvant être considérées comme des « accusations » en matière pénale au sens de la Convention, et où, par leur composition et leurs attributions, elles se rapprochent de juridictions, respecter les stipulations de son article 6§1, notamment au regard du principe de publicité des séances et d'impartialité (s'agissant de la commission des opérations de bourse : Cass. Ass. Plén., 5 février 1999, COB c/ Oury et autres ; du conseil de la concurrence : Cass. Com., 5 octobre 1999, SNS Campenon-Bernard SGE ; du conseil des marchés financiers : CE, Ass. 3 décembre 1999, Didier ; du conseil supérieur de l'audiovisuel : CE, 29 juillet 2002, association Radio Deux Couleurs ; de la commission de contrôle des assurances : CE, 28 octobre 2002, M. Laurent).

III. Le choix entre les sanctions pénales et les sanctions administratives

Il existe un choix entre l'institution de sanctions pénales et celle de sanctions administratives, sauf pour les peines privatives de liberté.

L'inclination première va vers le droit pénal dont la fonction est de réprimer, mais la sanction administrative présente certains avantages qui peuvent être déterminants au regard des caractéristiques des comportements que l'on veut réprimer.

D'un point de vue pratique, la sanction administrative est immédiatement exécutoire. Elle est infligée sans saisine préalable d'un juge et sans délai et selon une procédure plus facile à mettre en oeuvre que la procédure pénale. La sanction administrative permet la répression d'infractions très nombreuses, comme en matière de sécurité routière - plus d'un million de retraits de points de permis de conduire par an - ou en matière fiscale - environ deux millions de pénalités infligées par an. Eu égard à l'encombrement des juridictions répressives, il serait peu réaliste de traiter par la voie pénale ce type d'affaires.

La sanction administrative peut apparaître en outre moins « traumatisante » pour celui qui la subit que la sanction pénale. La sanction administrative est plus discrète. Elle semble plus facilement acceptée. Elle convient mieux lorsque les manquements consistent en la méconnaissance de règles techniques que l'administration maîtrise bien, lorsque la répression présente un caractère disciplinaire marqué ou, enfin, dans certains secteurs de la vie économique et culturelle où l'objectif est de réguler des comportements (la Bourse, la concurrence, l'audio-visuel, etc...).

A titre d'illustration, une loi du 1^{er} juin 1965 faisait de l'usage de produits dopants un délit. Elle ne fut pas appliquée. La loi du 28 juin 1989 et des lois ultérieures ont substitué à l'approche pénale une approche disciplinaire organisée avec la participation du mouvement sportif, assortie de sanctions consistant à interdire au contrevenant de participer à des compétitions et à des manifestations sportives.

En sens inverse, les caractéristiques de la sanction pénale peuvent constituer aussi des atouts. La sanction pénale peut être choisie non seulement parce qu'elle permet de punir lourdement mais aussi pour son caractère public. En outre, dans le domaine des punitions relativement légères, la sanction pénale s'est enrichie de modalités répondant mieux à la variété des objectifs de la répression et aux contraintes d'efficacité : développement des peines complémentaires (incapacités administratives, fermetures d'établissements, confiscations de biens, déchéances de divers droits, obligation de remise en état d'un lieu), ordonnance pénale, qui est une condamnation prononcée sans audience préalable par

le tribunal de police, amende forfaitaire appliquée notamment en matière d'infractions au code de la route, composition pénale.

Enfin, aux sanctions pénales ou administratives peuvent, dans certains cas, être préférées des sanctions civiles (cf., par exemple, les mesures de dépenalisation en matière de droit des sociétés contenues dans l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004).

IV. Le cumul des sanctions

Plutôt que de choisir entre les sanctions, il peut être tentant de les multiplier en édictant plusieurs sanctions pénales, plusieurs sanctions administratives ou en cumulant sanctions administratives et sanctions pénales.

Le principe de non cumul des peines limite cependant cette perspective.

Le principe de proportionnalité qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789 implique que, lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions prononcées ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé (CC, décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 §85).

Ce principe ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle (CC, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989).

La règle *non bis in idem* n'interdit pas le cumul des sanctions pénales et des sanctions administratives encourues pour les mêmes faits dans la mesure où l'institution de chacun de ces types de sanction repose sur des objets différents et tend à assurer la sauvegarde de valeurs et d'intérêts qui ne se confondent pas. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois admis le cumul que sous réserve du respect du principe de proportionnalité. Il s'ensuit notamment qu'en cas de sanctions administratives ayant un objet pécuniaire comparable à celui d'une amende pénale, le montant global des sanctions prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues (décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, § 16 à 22).

La CEDH admet également le cumul (9 janvier 2001 Ouendeno : pas de violation des stipulations de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention).

Il est d'ailleurs fréquent qu'un dispositif répressif combine sanctions pénales et sanctions administratives (par exemple, en matière fiscale et en matière d'installations classées).

Dans une étude publiée en 1995 (Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, EDCE, la Documentation française), le Conseil d'Etat recommande toutefois de ne prévoir le cumul des sanctions pénales et administratives que dans trois cas :

- lorsque l'utilisation d'une sanction administrative est provisoire, dans l'attente d'une sanction pénale (par exemple, la suspension du permis de conduire) ;
- lorsqu'il existe une différence de nature entre les sanctions administratives et pénales (par exemple, lorsque la sanction administrative est pécuniaire et la sanction pénale une peine d'emprisonnement) ;
- lorsque la sanction pénale a un caractère exceptionnel (infraction à caractère frauduleux notamment).

Figurent en annexe à titre d'exemple, des échantillons de sanctions pénales et administratives actuellement en vigueur.

ANNEXE**DISPOSITIFS DE SANCTIONS PENALES ET ADMINISTRATIVES DONNES A TITRE
D'EXEMPLES**

Dispositif complet de sanctions pénales inséré dans un code autre que le code pénal : en matière monétaire et financière : code monétaire et financier, titre VI du livre 1er, titre III du livre II, titre V du livre III, titre VI du livre IV, titre VII du livre V, titre IV du livre VI ; code de l'urbanisme (articles L.480-1 et suivants)

Dispositif comprenant des sanctions administratives et des sanctions pénales : en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement : code de l'environnement (Partie Législative : livre V, titre 1er, chapitre IV, les sections 1 « contrôle et sanctions administratifs » et 2 « Dispositions pénales ») ; en matière fiscale : chapitre II du livre II du code général des impôts.

Sanctions infligées par des autorités administratives indépendantes : en matière de communication audiovisuelle : la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 prévoit des sanctions administratives (articles 42-1 à 42-15, 48-1 à 48-10) et des sanctions pénales (articles 74 à 79-6) ; sanctions administratives infligées en cas d'inexécution d'une mesure prise ou d'un injonction prononcée par l'autorité de régulation : exemple en matière de droit de la concurrence : code de commerce, articles L. 464-2 et suivants.

Dispositif original : en matière de circulation routière, le dispositif de permis à points et de retrait de points : articles L. 223-1 et suivants du code de la route.

FICHE 5.2.7

CREER, MODIFIER OU SUPPRIMER UNE TAXE FISCALE

La présente fiche a pour objet d'indiquer les règles générales auxquelles sont soumises les impositions de toute nature, qu'il s'agisse des prélèvements obligatoires de nature fiscale figurant dans le code général des impôts ou de ceux institués dans des domaines particuliers tels que l'urbanisme, l'agriculture ou l'environnement et pouvant à ce titre relever d'autres administrations que la direction générale des impôts.

I. La nature fiscale d'un prélèvement obligatoire

Instituer un prélèvement obligatoire exige en premier lieu, quelle qu'en soit la dénomination (« taxe, contribution, redevance ou participation »), d'en déterminer la nature. Cette qualification juridique commande en effet les règles de compétence, de fond et de procédure applicables.

Tous les prélèvements obligatoires ne présentent pas un caractère fiscal. On peut définir les « impositions de toute nature » au sens de l'article 34 de la Constitution comme des prélèvements perçus par voie d'autorité au profit de personnes publiques ou de personnes privées chargées d'une mission de service public et qui n'ont pas le caractère d'une redevance pour service rendu ou d'une cotisation de sécurité sociale (il n'est plus créé de taxes parafiscales depuis l'entrée en vigueur de la loi organique sur les lois de finances). Il s'ensuit que, pour donner à un prélèvement obligatoire la qualification d'un impôt, il faut procéder par élimination en le distinguant de la redevance et de la cotisation de sécurité sociale.

A la différence de l'impôt, la redevance pour service rendu (*voir fiche 5.2.8*) trouve sa contrepartie directe dans une prestation fournie par un service ou dans l'utilisation d'un ouvrage ou d'un bien (CE, Ass., 21 nov. 1958, Syndicat national des transporteurs aériens). Ainsi, ne constituent pas des prélèvements fiscaux la participation pour raccordement à l'égout prévue par l'article L. 1331-7 du code de la santé publique (CE, 27 juin 1973, Ville de Marseille) ou la contribution réclamée à une personne qui sollicite l'autorisation d'exercer une activité professionnelle et destinée seulement à couvrir les frais de contrôle de cette demande particulière. En revanche, doit être regardé comme un impôt un prélèvement exigé à raison des contrôles exercés par l'administration si ceux-ci ont pour but premier la réalisation d'objectifs d'intérêt général tels que la sécurité publique, la santé publique ou la sécurité des consommateurs (CE, 23 juin 2000, Chambre syndicale du transport aérien : redevance aéroportuaire couvrant des missions de sécurité ; CE, 20 mars 2000, GISTI : redevance pour l'examen médical imposé par mesure de santé publique aux étrangers demandant un titre de séjour).

La cotisation de sécurité sociale, comme la redevance pour service rendu, se distingue de l'impôt par le fait qu'elle a une contrepartie directe, le droit à des prestations, et qu'elle est affectée au financement de ces prestations. Mais l'affectation de son produit au financement de la protection sociale ne suffit pas à faire entrer un prélèvement dans la catégorie des cotisations sociales ; ainsi le Conseil constitutionnel a rangé dans la catégorie des impositions de toute nature la contribution sociale généralisée (n° 90-285 DC du 28 décembre 1990), la contribution sociale de solidarité sur les sociétés (n° 91-302 DC du 30 décembre 1991) ainsi que les prélèvements et contributions spécifiques destinés au financement de la sécurité sociale (n° 97-393 DC du 18 décembre 1997). Le Conseil d'Etat a donné la même qualification fiscale aux contributions mises à la charge des entreprises

pharmaceutiques (CE Ass., 28 mars 1997, Sté Baxter) et aux contributions levées au profit de la caisse d'amortissement de la dette sociale (CE, 4 décembre 1996, Association de défense des sociétés de courses des hippodromes de province).

Les redevances domaniales qui rémunèrent l'avantage consenti par la collectivité publique à l'occupant du domaine public ne sont pas non plus des impôts (par ex. : CE, 28 juillet 1999, Cofiroute).

II. Compétence prépondérante mais non exclusive du législateur en matière fiscale

Une fois définie la nature fiscale du prélèvement, il convient de déterminer à quel support (législatif ou réglementaire ?) il faut recourir. L'article 34 de la Constitution dispose que « La loi fixe (...) -les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ». En application de ces dispositions, les règles relatives à un prélèvement fiscal prennent place normalement dans une loi ordinaire ; elles peuvent aussi figurer dans une loi de finances (voir fiche 1.3.4. les lois de finances).

Il appartient au législateur, sauf à encourir la censure du Conseil constitutionnel pour incompétence négative, de définir avec une précision suffisante le régime de l'impôt qu'il institue.

Mais le Conseil constitutionnel a admis des tempéraments. Le législateur peut, sans méconnaître sa compétence, se dispenser de fixer lui-même le taux d'une imposition s'il fixe les limites à l'intérieur desquelles le pouvoir réglementaire est habilité à arrêter ce taux (n°87-239 DC du 30 décembre 1987 ; n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000). Il peut de même renvoyer à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer des coefficients multiplicateurs applicables pour chacune des activités exercées dans les établissements classés et servant au calcul du montant de la taxe générale sur les activités polluantes dès lors qu'il précise la marge de variation de ces coefficients et les critères à retenir pour la fixation de chacun d'entre eux (n° 99-422 DC du 21 décembre 1999). Il peut également confier au pouvoir réglementaire le soin de déterminer la date d'entrée en vigueur d'un article de loi abrogeant un dispositif imposant des obligations aux contribuables à la condition de lui fixer une date limite (n° 86-223 DC 29 décembre 1986).

Le pouvoir réglementaire conserve ses compétences propres pour prendre les mesures d'application nécessaires à la mise en œuvre des règles fixées par la loi (CC n° 68-51 L du 4 avril 1968). Ainsi le législateur, qui prévoit une exonération prolongée de taxe foncière en faveur de constructions satisfaisant à des critères de qualité environnementale, ne méconnaît pas sa compétence en déléguant à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer la définition technique des critères dont il a déterminé la nature (CC n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001).

Relèvent aussi du pouvoir réglementaire, dans l'exercice du pouvoir autonome que lui reconnaît l'article 37 de la Constitution (CC n° 68-35 DC 30 janvier 1968), les mesures d'organisation des services chargés d'établir l'impôt ou de le recouvrer (CC n° 2000-189 L du 25 septembre 2000).

Enfin, en vertu du principe de libre administration des collectivités territoriales, celles-ci disposent d'une compétence fiscale qu'elles exercent dans les limites définies par la loi.

III. Les normes à respecter

A. Les principes de valeur constitutionnelle

La création ou la modification d'un impôt doit respecter les principes de valeur constitutionnelle énoncés par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

« Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable ; elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». L'institution d'une imposition peut également affecter d'autres principes de valeur constitutionnelle, comme le droit de propriété, le respect de la vie privée ou la libre administration des collectivités territoriales, mais les principes résultant de l'article 13 sont les plus déterminants. Leur mise en œuvre a été précisée par une jurisprudence abondante dont on ne mentionnera que quelques éléments.

Le Conseil constitutionnel a jugé que le maintien au profit de l'Etat de la majoration pour frais de gestion des impôts locaux (n° 95-369 DC du 28 décembre 1995) ou la contribution sur les cessions de droits de diffusion de compétitions sportives (n° 99-424 DC du 29 décembre 1999) n'étaient pas contraires au principe de la nécessité de l'impôt. Mais il a censuré des dispositions instituant une amende fiscale manifestement disproportionnée (n° 89-268 DC du 29 décembre 1989).

Il a fait une application souple du principe de progressivité de l'impôt en admettant que le choix d'un taux uniforme commun applicable à trois contributions sociales n'était pas contraire à l'article 13 de la Déclaration de 1789 dès lors que le produit de ces contributions, versé à la Caisse nationale des allocations familiales, était destiné à alléger à due concurrence les prélèvements affectés à la sécurité sociale, caractérisés par une prépondérance des cotisations non soumises à une règle de progressivité et que ces contributions n'étaient pas déductibles de l'impôt sur le revenu, dont les taux sont progressifs (n° 90-285 DC du 28 décembre 1990).

Il a également jugé que l'article 13 de la Déclaration de 1789 ne faisait pas obstacle à un système redistributif par l'impôt. Il n'est pas interdit au législateur de mettre à la charge de certaines catégories de personnes des charges particulières en vue d'améliorer les conditions de vie d'autres catégories de personnes, sous réserve de ne pas créer une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (n° 99-416 DC du 23 juillet 1999).

Il a également admis l'utilisation de la fiscalité comme instrument de soutien des politiques économiques, sociales ou écologiques. Le législateur peut ainsi décider d'accorder des avantages fiscaux pour encourager la création et le développement d'un secteur d'activité concourant à l'intérêt général (n° 84-184 DC du 29 décembre 1984). Il peut mettre à la charge de certaines personnes des impositions particulières pour les inciter à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général tels que la protection de l'environnement (n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000 ; n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003).

Les principes de l'article 13 ne sont pas non plus méconnus lorsque le législateur décide d'exclure du champ d'application d'un impôt certains redevables par mesure de simplification (n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000) ou pour des motifs tirés des nécessités administratives comme celle d'éviter des frais de recouvrement excessifs par rapport au produit attendu de l'impôt (n° 2003-480 DC du 31 juillet 2003).

Pour respecter le principe d'égalité, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose et selon les caractéristiques de chaque impôt (n° 97-393 DC du 18 décembre 1997). Si le principe d'égalité implique qu'à situations semblables il soit fait application de règles semblables sous réserve des différences de traitement justifiées par des motifs d'intérêt général, il n'interdit pas qu'à des situations différentes soient appliquées des règles différentes (même décision).

Il est loisible au législateur de créer des catégories particulières de redevables et de prévoir des exclusions ou des exonérations en fonction des buts qu'il s'assigne, sous réserve de mettre en œuvre des critères objectifs et rationnels. Ainsi, le législateur manque à ces obligations lorsque, créant une taxe sur les imprimés publicitaires et les journaux gratuits destinée à réduire les coûts de l'élimination et du traitement des déchets et limiter les atteintes à l'environnement, il établit une différence de traitement sans rapport direct avec les objectifs poursuivis en excluant de son champ d'application un grand nombre d'imprimés susceptibles d'accroître le volume des déchets (n° 2002-

464 DC du 27 décembre 2002) ou ceux de ces imprimés ou journaux qui font l'objet d'une distribution nominative (n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003).

De même, quand il institue une taxe générale sur les activités polluantes en vue de renforcer la lutte contre l'effet de serre, il établit une différence de traitement sans rapport avec les buts assignés en soumettant à cet impôt l'électricité alors qu'en raison de la nature des sources de production de celle-ci, la consommation de cette énergie contribue très faiblement au rejet des gaz carboniques et permet, par substitution aux produits fossiles, de lutter contre l'effet de serre (n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000).

Le Conseil constitutionnel a également estimé qu'une disposition exonérant de la contribution sociale généralisée sur les revenus d'activité les redevables dont les revenus étaient inférieurs à un seuil déterminé créait une disparité manifeste entre les redevables, dès lors que le dispositif ne tenait compte ni des revenus autres que ceux tirés d'une activité ni des revenus des autres membres du foyer fiscal ou des personnes à charge (n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000).

En revanche, est conforme aux principes constitutionnels la disposition refusant aux contribuables dont le revenu net imposable est supérieur à un seuil déterminé le bénéfice d'un abattement sur certains revenus de capitaux mobiliers, cette mesure permettant de mieux prendre en compte les facultés contributives des redevables (n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000).

La loi fiscale peut avoir une portée rétroactive à la condition que cela soit justifié par un motif d'intérêt général et que cette rétroactivité ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles. Elle doit respecter les décisions de justice passées en force de chose jugée, le principe de non rétroactivité des peines plus sévères et l'interdiction de remettre en cause des prescriptions légalement acquises (n° 88-250 DC du 29 décembre 1988).

Toutefois, à l'égard des lois de validation, la jurisprudence est particulièrement rigoureuse : la portée de la validation doit être strictement définie et « ciblée » (n° 99-422 DC du 21 décembre 1999) ; l'acte validé ne doit pas être entaché d'inconstitutionnalité (sauf si le motif de la validation est lui-même de rang constitutionnel : n° 97-390 DC du 19 novembre 1997) ; la validation doit être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant qui ne peut se réduire à un enjeu financier limité (n° 95-369 DC du 28 décembre 1995), le Conseil constitutionnel se livrant à un contrôle exigeant de proportionnalité (n° 99-425 DC du 19 décembre 1999).

B. La Convention européenne des droits de l'homme

Les principes qu'énonce la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne diffèrent pas sensiblement des principes de valeur constitutionnelle. Mais, alors que le contrôle de constitutionnalité ne peut plus s'exercer après promulgation de la loi, le contrôle de conventionalité peut intervenir à l'occasion de tout litige relatif à l'application d'une disposition fiscale ; il est exercé tant par le juge de l'impôt que par la Cour européenne des droits de l'homme, dont la jurisprudence est parfois constructive.

On ne peut donner que quelques éléments pour illustrer la portée de la Convention européenne en matière fiscale.

L'article 6 de la convention relatif aux exigences d'un procès équitable (§ 1) et au respect de la présomption d'innocence (§ 2) est le plus souvent invoqué mais son objet est limité. Il est applicable aux sanctions fiscales et non pas aux impositions elles-mêmes ou à la procédure d'imposition (CEDH, 5 octobre 1999, n° 43604/98 ; CEDH, 12 juillet 2001, n° 44759/98). Il implique que l'institution de pénalités fiscales soit assortie d'une procédure contradictoire et que les sanctions soient modulables en fonction de la gravité des fraudes ou, à défaut, que le juge compétent dispose d'un pouvoir de modération. En principe, les dispositions générales en matière de sanctions fiscales et les règles de fonctionnement des juridictions devraient suffire à la satisfaction des exigences de l'article 6.

D'autres stipulations sont applicables à la totalité de la matière fiscale. Il en est ainsi notamment de l'article 14 prohibant les discriminations entre les contribuables (il reste sans incidence sur les rapports entre l'administration et le contribuable : CE Ass., Avis contentieux du 12 avril 2002, n° 239693) ou de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 qui prescrit le respect des biens et de la propriété (CEDH, 23 octobre 1997, n° 117/1996 ; CE, 15 juin 2001, Amoretti).

Pour l'interprétation de ces dernières stipulations, la cour européenne des droits de l'homme adopte une conception extensive de la notion de bien. Toute créance fiscale relève du champ de cet article. Ainsi, le droit au remboursement d'un crédit d'impôt constitue un bien protégé de sorte qu'un retard anormalement long pour le paiement du crédit constitue une violation de la convention (CEDH, 3 juillet 2003, n° 38746/97).

Ces mêmes stipulations s'opposeraient à une imposition établie à raison de la détention d'un bien immobilier si le montant de l'impôt était excessif par rapport à la valeur du bien (CAA Paris, 6 décembre 2002, n° 98-4089 et 99-622) ou à un impôt assis sur le patrimoine dont le montant rapporté aux revenus du contribuable présenterait un caractère confiscatoire (CA Caen, 12 novembre 2002, n° 01-2233).

L'article 1^{er} du Protocole n° 1 doit conduire à un usage restrictif des validations législatives. Des procédures ou des mesures fiscales ne peuvent être régularisées rétroactivement par la loi que si cette validation est justifiée par des motifs d'intérêt général suffisants (CEDH, 23 octobre 1997 précité). Le juge de l'impôt, dans l'exercice de son contrôle de conventionalité, vérifie l'existence et la pertinence de l'intérêt général invoqué au soutien d'une validation législative (CE, 23 octobre 2002, Ministre de l'équipement ; CE, 12 janvier 2004, SA Cise et Erimo). A défaut d'un tel intérêt général, il écarterait l'application de la loi de validation.

C. Le droit communautaire

Le traité instituant la Communauté européenne et le droit dérivé, tels qu'interprétés par la Cour de justice des Communautés européennes, constituent également une source de droit abondante dont on doit tenir le plus grand compte. Une contrariété avec le droit communautaire peut entraîner de lourdes conséquences. Une taxe recouvrée indûment ouvre droit à restitution au profit des contribuables dès lors qu'ils l'ont contestée dans les délais de forclusion. Si un avantage fiscal présente le caractère d'une aide d'Etat illégale, il doit donner lieu à un remboursement par l'entreprise qui en aurait bénéficié.

Les articles du traité sont d'effet direct. Certains d'entre eux comportent des prohibitions explicites en matière fiscale : interdiction des taxes d'effet équivalent (art. 25 ex-12) ou des impositions intérieures discriminatoires à l'égard de ressortissants d'autres Etats membres ou protectrices au profit des seuls ressortissants de l'Etat membre (art. 90 ex-95). D'autres articles, sans mentionner expressément les mesures fiscales, s'opposent néanmoins à celles qui auraient pour effet de restreindre la liberté de circulation des travailleurs (art. 39 ex-48), la liberté d'établissement (art. 43 ex-52), la libre prestation de services (art. 49 ex-59), la libre circulation des capitaux (art. 56 et 58 ex-73B et 73D) ou de porter atteinte au droit de la concurrence (art. 81 et 82 ex-85 et ex-86).

Enfin, tout avantage fiscal ayant le caractère d'une aide d'Etat qui n'a pas fait l'objet de la notification préalable à la Commission européenne requise pour autorisation est illégal pour méconnaissance des articles 87 et 88 (ex- 92 et 93). La même règle s'applique à l'impôt dont le produit est affecté à un établissement public exerçant ses activités dans le secteur concurrentiel.

Le droit dérivé s'est considérablement enrichi en matière fiscale. Le régime de la taxe sur la valeur ajoutée et celui des accises résultent pour l'essentiel de la transposition de directives communautaires. Mais les impôts directs ont fait aussi l'objet de directives dont le respect s'impose aux autorités nationales (cf. par ex. : directives sur les fusions ou sur les rapports entre sociétés mères et filles).

On ne se bornera ici à rappeler que les Etats membres sont tenus non seulement de transposer les objectifs des directives dans les délais impartis mais aussi de s'abstenir, dans la période comprise entre l'entrée en vigueur de la directive et l'expiration du délai de transposition, de toute mesure compromettant la réalisation des objectifs communautaires (CJCE, 18 décembre 1997 aff. 126/96). Le Conseil d'Etat a jugé (Ass. 28 février 1992, SA Arizona Tobacco Products et autres) que les mesures réglementaires prises par l'administration pour l'application de dispositions législatives contraires au droit communautaire étaient dépourvues de base légale et de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

IV. Les composantes du régime d'une taxe fiscale

Le régime d'une taxe fiscale peut être décomposé en neuf éléments : la catégorie des assujettis, le fait générateur de l'impôt, l'assiette de l'impôt, le taux d'imposition, les modalités d'établissement et de liquidation de l'impôt, les modalités du recouvrement, l'exercice du contrôle et la prescription, les sanctions, le contentieux.

A. La catégorie des contribuables

La définition des personnes assujetties à l'impôt doit être précise. Les critères les plus couramment retenus reposent sur la distinction entre personnes physiques et morales, sur la nature de l'activité professionnelle exercée, pour les taxes locales sur la qualité de propriétaire ou d'occupant ainsi que sur la localisation de l'habitation (qui peut ne pas être le domicile) ou l'implantation du siège social ou de l'établissement.

S'il est prévu des exonérations, il est logique de les définir immédiatement après avoir déterminé la catégorie des personnes assujetties. Les exonérations peuvent être permanentes ou temporaires et porter sur tout ou partie de l'imposition.

B. Le fait générateur de l'impôt

Le fait générateur d'un impôt est la date ou l'événement qui crée l'obligation fiscale. Chaque impôt a son fait générateur. Mais il existe certaines constantes : pour les impôts locaux, on retient habituellement la situation existant au 1er janvier et, pour l'impôt sur le revenu, les revenus dont le contribuable a eu la disposition au cours de l'année tels qu'ils sont arrêtés au 31 décembre. D'autres impôts s'attachent à la délivrance d'une autorisation administrative, comme la taxe de défrichement ou la taxe d'équipement.

Le fait générateur ne se confond pas avec l'exigibilité de l'impôt, qui détermine la date à laquelle le paiement de l'impôt est dû. Cette date peut être différée. Ainsi la taxe d'habitation établie d'après les faits existants au 1er janvier de l'année d'imposition ne devient exigible en principe que trente jours après la mise en recouvrement du rôle.

C. L'assiette de l'impôt

Pour fixer les règles d'assiette d'un impôt, il faut mettre en œuvre des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objet et la nature de celui-ci (n° 83-164 DC du 29 décembre 1983). En vue d'assurer la lisibilité de la loi et de réduire les coûts de gestion de l'impôt, il est recommandé de déterminer l'assiette de l'impôt à partir d'éléments simples à constater.

C'est le cas lorsque l'assiette est constituée par un produit ou un bien pris dans son unité matérielle. Ainsi en est-il de la taxe sur la publicité télévisée due pour chaque message publicitaire émis (art. 302 bis KA du CGI).

Toutefois, le plus souvent l'assiette de l'impôt est déterminée en fonction de la valeur de la matière imposable. Dans un tel cas, la détermination de l'assiette peut rester une opération simple, par exemple lorsque l'assiette est constituée par le prix facturé d'un bien ou d'un service (ex. : la taxe sur la valeur ajoutée).

Mais il ne manque pas d'exemples dans lesquels l'évaluation de la matière imposable doit donner lieu à des calculs complexes, qu'il s'agisse de la valeur locative d'un immeuble servant de base à la taxe d'habitation ou aux taxes foncières (cf. art. 1496 et 1498 du CGI) ou du revenu net disponible pour l'impôt sur le revenu (cf. art. 156 du CGI : revenu global imposable). La complication des règles et des méthodes de calcul à appliquer réduit la rentabilité de l'impôt et constitue une source de contentieux.

D. Le taux d'imposition

Le taux d'imposition est le coefficient appliqué au montant de l'assiette imposable pour déterminer les droits à payer.

Le taux est progressif lorsqu'il croît en fonction du quantum de la matière imposable (ex. : art. 197 du CGI en matière d'impôt sur le revenu ou art. 719 du même code en matière de droit d'enregistrement). Pour éviter que les majorations de taux n'entraînent une rupture caractérisée de l'égalité entre les contribuables, il convient de veiller à ce que le taux maximum soit limité (CC n° 89-268 DC du 29 décembre 1989).

Le principe de progressivité de l'impôt peut être satisfait par l'application d'un tarif comportant plusieurs tranches.

E. L'établissement de l'impôt

Pour déterminer le montant de l'impôt, il peut être recouru à trois procédés. Le premier est le système de l'évaluation directe : l'administration effectue elle-même directement les calculs (par ex : les impôts locaux). Le second repose sur les déclarations du contribuable auquel il revient de présenter à l'administration ses propres évaluations (ex : impôt sur le revenu, taxe sur la valeur ajoutée). Il peut y avoir combinaison des deux systèmes (cf. art. 1406 du CGI : obligation de déclarer les changements de consistance ou d'affectation pour les impôts locaux). Enfin, il peut y avoir paiement direct de l'impôt sans déclaration, par exemple lors du règlement du prix d'un produit (taxe intérieure sur les produits pétroliers) ; le vendeur est alors tenu de reverser le produit de l'impôt à l'administration fiscale.

Lorsqu'il est recouru à un système déclaratif, le délai dans lequel la déclaration doit être souscrite et les sanctions encourues pour retard ou défaut de souscription doivent être précisés. Ces dispositions relèvent de la loi. Les autres modalités de la déclaration, qu'il s'agisse du lieu de dépôt de la déclaration ou des imprimés réglementaires à utiliser, relèvent du pouvoir réglementaire (cf. rédaction de l'article 1406 déjà mentionné).

F. Le recouvrement

On distingue trois procédés de recouvrement : le rôle, le titre de recettes et, en cas de retard ou de défaut de paiement d'un impôt devant être spontanément acquitté, l'avis de mise en recouvrement.

Les impôts directs et taxes assimilées sont mis en recouvrement par voie de rôle homologué et rendu exécutoire par l'autorité administrative. La désignation de l'autorité compétente au sein de l'administration relève en principe du pouvoir réglementaire. Le comptable du Trésor adresse au contribuable un avis d'imposition qui est une mesure d'information.

Les taxes d'urbanisme donnent lieu à l'établissement d'un titre de recettes.

Pour les impôts acquittés spontanément auprès du comptable de la direction générale des impôts ou des douanes (principalement la taxe sur la valeur ajoutée), il est émis un avis de mise en recouvrement en cas de retard ou de défaut de paiement à la date d'exigibilité. Cet avis de mise en recouvrement constitue une décision pouvant faire l'objet d'une réclamation.

Le comptable public est chargé des poursuites destinées à rechercher le paiement des impôts dus auprès du contribuable et des personnes désignées par la loi responsables solidaires de ce paiement. Les poursuites sont menées dans le respect des garanties procédurales prévues par la loi et sous réserve de la prescription.

Il n'est pas besoin que le texte instituant une nouvelle taxe organise un régime particulier de recouvrement s'il se réfère à une procédure existante : « *La taxe est recouvrée selon les modalités et sous les sûretés, garanties et sanctions applicables aux taxes sur le chiffre d'affaires (ou applicables en matière d'impôts directs)* ». Mais le législateur méconnaît l'étendue de sa compétence en se bornant à prévoir que « le recouvrement de la taxe sur les activités à caractère saisonnier est opéré par les soins de l'autorité municipale » (n° 98-405 DC du 29 décembre 1998).

G. Le contrôle

Les moyens du contrôle peuvent être plus ou moins étendus : contrôle sur pièces, exercice du droit de communication auprès des tiers, vérification de comptabilité au siège de l'entreprise, visite domiciliaire.

Dans la mesure où les investigations sont de nature à affecter des principes constitutionnels tels que la liberté individuelle et la protection de la vie privée, le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre, elles doivent être autorisées par la loi et assorties de garanties suffisantes.

L'utilisation par les services fiscaux du numéro d'identification des personnes physiques est subordonnée à la condition qu'elle soit limitée aux traitements informatiques relatifs aux opérations fiscales et soumise à l'obligation du secret professionnel et à la surveillance de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (n° 98-405 DC du 29 décembre 1998). De même, l'accès des services fiscaux aux données détenues par les opérateurs de télécommunications est soumis à des conditions restrictives relatives à la conservation et à la communication de ces informations sans pouvoir porter sur le contenu des correspondances échangées par les usagers (n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001).

Une loi est nécessaire pour désigner la catégorie et le grade des fonctionnaires ou agents publics habilités à rechercher et constater les infractions sanctionnées pénalement.

H. Les sanctions (voir également *fiche 5.2.6 Prévoir des sanctions administratives et pénales*)

La lutte contre la fraude fiscale est un objectif de valeur constitutionnelle et la répression est légitime au regard de l'article 13 de la Déclaration de 1789. Toutefois elle doit être conciliée avec les prescriptions de l'article 8 de la même Déclaration : principe de la légalité des délits et des peines ; principe de la nécessité des peines ; principe de non rétroactivité de la loi d'incrimination plus sévère et principe du respect des droits de la défense.

Le respect des droits de la défense est un principe suffisamment général pour qu'il ne soit pas besoin de le mentionner chaque fois que l'on crée une sanction. Mais il est d'usage d'introduire des dispositions prévoyant que le contribuable est mis à même de présenter ses observations avant la décision d'appliquer une pénalité et que cette décision doit être motivée (« *Les décisions prononçant une sanction sont motivées. Elles ne peuvent être prises qu'après que l'intéressé a été mis en mesure de présenter ses observations* »). Le délai imparti peut être précisé : cf. rédaction plus développée de l'article 1740 ter A du code général des impôts.

La charge de la preuve de la mauvaise foi et des manœuvres frauduleuses incombe toujours à l'administration, comme le rappelle l'article L 195 A du livre des procédures fiscales.

S'agissant du quantum de la pénalité, il faut respecter la proportionnalité entre l'importance de la fraude et la gravité de la sanction. Le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions qui instituaient une amende sanctionnant des omissions ou inexactitudes dans les factures sans que soit prévu de plafonnement en fonction du montant de la facture (n° 95-395 DC du 30 décembre 1995).

Il faut énumérer les sanctions encourues éventuellement en se référant à des sanctions existantes. On distingue les pénalités d'assiette qui sanctionnent des dissimulations de la matière imposable et les pénalités de recouvrement qui sanctionnent des retards dans le paiement de l'impôt exigible.

Aucun principe de valeur constitutionnelle ni davantage la Convention européenne des droits de l'homme ne s'opposent au cumul de pénalités administratives (fiscales) et de sanctions pénales pour les mêmes faits frauduleux. Mais, en vertu du principe de proportionnalité, les sanctions cumulées prononcées par le juge de l'impôt et le juge pénal ne peuvent excéder le montant fixé par la loi de la sanction pécuniaire la plus élevée.

I. le contentieux

La détermination du juge fiscal compétent relève de la loi.

L'article L 199 du livre des procédures fiscales répartit le contentieux d'assiette entre les deux ordres de juridiction. Les contestations relatives aux impôts directs et aux taxes sur le chiffre d'affaires ou taxes assimilées relèvent de la juridiction administrative. Les litiges concernant les contributions indirectes ou assimilées, les droits d'enregistrement, la taxe de publicité foncière et le droit de timbre sont portés devant la juridiction judiciaire.

La distinction entre les impôts directs et indirects est déterminée « d'après la nature du prélèvement prévu par les textes et non d'après son mode recouvrement » (TC, 22 octobre 1979, Texier). Un impôt direct est celui qui frappe le revenu ou le bien par le seul fait qu'il est à la disposition du contribuable. L'impôt indirect frappe le revenu seulement lorsque le contribuable le dépense.

En cas d'impossibilité de rattacher une taxe à l'une de ces deux catégories, son contentieux « est compris dans le contentieux général des actes et des opérations de la puissance publique et relève, à ce titre, de la juridiction administrative (TC, 10 juillet 1956, Bourgogne Bois).

La répartition du contentieux du recouvrement entre les deux ordres de juridiction est régie par l'article L.281 du livre des procédures fiscales, qui distingue les litiges relatifs à la régularité en la forme de l'acte de poursuite, qui sont de la compétence judiciaire, et ceux qui portent sur l'existence de l'obligation de payer, sur la quotité de la dette et sur l'exigibilité de l'impôt, qui relèvent en principe du juge administratif.

Seules des dispositions législatives particulières peuvent déroger à ces règles de répartition. Lorsqu'il existe une incertitude sur la nature d'un prélèvement nouvellement institué, il peut être utile d'indiquer la juridiction compétente et de préciser, le cas échéant, si une réclamation devant l'administration est un préalable obligatoire à la saisine du juge.

On trouvera en annexe des dispositions créant une taxe.

ANNEXE
Modèle de création de taxe

CODE GENERAL DES IMPOTS, CGI
Section 0I bis : Taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales

Article 990 D

Les personnes morales qui, directement ou par personne interposée, possèdent un ou plusieurs immeubles situés en France ou sont titulaires de droits réels portant sur ces biens sont redevables d'une taxe annuelle égale à 3 % de la valeur vénale de ces immeubles ou droits.

Est réputée posséder des biens ou droits immobiliers en France par personne interposée, toute personne morale qui détient une participation, quelles qu'en soient la forme et la quotité, dans une personne morale qui est propriétaire de ces biens ou droits ou détentricrice d'une participation dans une troisième personne morale, elle-même propriétaire des biens ou droits ou interposée dans la chaîne des participations. Cette disposition s'applique quel que soit le nombre des personnes morales interposées.

Article 990 E

La taxe prévue à l'article 990 D n'est pas applicable :

1° Aux personnes morales dont les actifs immobiliers, au sens de l'article 990 D, situés en France, représentent moins de 50 p. 100 des actifs français. Pour l'application de cette disposition, ne sont pas inclus dans les actifs immobiliers les actifs que les personnes morales visées à l'article 990 D ou les personnes interposées affectent à leur propre activité professionnelle autre qu'immobilière ;

2° Aux personnes morales qui, ayant leur siège dans un pays ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, déclarent chaque année, au plus tard le 15 mai, au lieu fixé par l'arrêté prévu à l'article 990 F, la situation, la consistance et la valeur des immeubles possédés au 1er janvier, l'identité et l'adresse de leurs associés à la même date ainsi que le nombre des actions ou parts détenues par chacun d'eux ;

3° Aux personnes morales qui ont leur siège de direction effective en France et aux autres personnes morales qui, en vertu d'un traité, ne doivent pas être soumises à une imposition plus lourde, lorsqu'elles communiquent chaque année, ou prennent et respectent l'engagement de communiquer à l'administration fiscale, sur sa demande, la situation et la consistance des immeubles possédés au 1er janvier, l'identité et l'adresse de leurs actionnaires, associés ou autres membres, le nombre des actions, parts ou autres droits détenus par chacun d'eux et la justification de leur résidence fiscale. L'engagement est pris à la date de l'acquisition par la personne morale du bien ou droit immobilier ou de la participation visés à l'article 990 D ou, pour les biens, droits ou participations déjà possédés au 1er janvier 1993, au plus tard le 15 mai 1993 ;

4° Aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ;

5° Aux organisations internationales, aux Etats souverains et aux institutions publiques ;

6° Aux caisses de retraite et aux autres organismes à but non lucratif qui exercent une activité désintéressée de caractère social, philanthropique, éducatif ou culturel et qui établissent que cette activité justifie la propriété des immeubles ou droits immobiliers.

Article 990 F

La taxe est due à raison des immeubles ou droits immobiliers possédés au 1er janvier de l'année d'imposition, à l'exception des biens régulièrement inscrits dans les stocks des personnes morales qui exercent la profession de marchand de biens ou de promoteur-constructeur. Lorsqu'il existe une chaîne de participations, la taxe est due par la ou les personnes morales qui, dans cette chaîne, sont les plus proches des immeubles ou droits immobiliers et qui ne sont pas exonérées en application du 2° ou du 3° de l'article 990 E. Toute personne morale interposée entre le ou les débiteurs de la taxe et les immeubles ou droits immobiliers est solidairement responsable du paiement de cette taxe.

La personne morale qui, faute d'avoir respecté l'engagement prévu au 3° de l'article 990 E, est entrée dans le champ d'application de la taxe prévue à l'article 990 D, peut s'en exonérer à compter de l'année où elle communique à l'administration fiscale les informations mentionnées audit 3° et prend un nouvel engagement de les lui communiquer ultérieurement sur sa demande.

Les redevables doivent déclarer au plus tard le 15 mai de chaque année la situation, la consistance et la valeur des immeubles et droits immobiliers en cause. Cette déclaration, accompagnée du paiement de la taxe, est déposée au lieu fixé par arrêté du ministre chargé du budget.

La taxe est recouvrée selon les règles et sous les sanctions et garanties applicables aux droits d'enregistrement. Sont également applicables à la taxe les dispositions de l'article 233 quinquies A.

En cas de cession de l'immeuble, le représentant visé au I de l'article 244 bis A est responsable du paiement de la taxe restant due à cette date.

Article 990 G

La taxe prévue à l'article 990 D n'est pas déductible pour l'assiette de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés.

Article 990 H

Les personnes morales passibles de la taxe mentionnée à l'article 990 D qui auront, avant le 15 mai 1984, attribué à un associé personne physique la propriété des immeubles ou droits immobiliers qu'elles détiennent en France pourront opter pour le paiement, lors de l'enregistrement de l'acte constatant l'opération, d'une taxe forfaitaire égale à 15 % de la valeur vénale de ces immeubles, assise et recouvrée comme en matière de droits d'enregistrement.

Cette taxe est libératoire de tous les impôts exigibles à raison de l'opération.

Sa perception libère également les personnes morales concernées et leurs associés de toutes impositions ou pénalités éventuellement exigibles au titre de la période antérieure à raison des immeubles attribués, à moins qu'une vérification fiscale concernant les mêmes personnes n'ait été engagée ou annoncée avant le 19 octobre 1982.

FICHE 5.2.8

INSTITUER UNE REDEVANCE POUR SERVICE RENDU PAR L'ETAT

La présente fiche rappelle les principales règles de fond, de compétence et de forme régissant l'institution de redevances pour service rendu par l'Etat.

Les redevances pour service rendu perçues au profit d'autres personnes morales obéissent aux mêmes règles de fond mais leur institution relève de règles de compétence et de forme différentes.

Les redevances perçues en contrepartie de l'occupation privative du domaine public de l'Etat ne seront pas traitées, alors même que pourrait être regardé comme une prestation de service le fait de mettre une parcelle de domaine public à la disposition privative d'un occupant : ces dernières redevances obéissent en effet à une logique (patrimoniale, et non de service public) et à un régime juridique (encadrement législatif et jurisprudentiel) qui leur sont propres.

I. Principes

Les principes s'appliquant à l'ensemble des redevances pour service rendu sont d'origine jurisprudentielle. Les différents codes ne contiennent, pour l'essentiel, que des règles particulières à certains types de redevances — telles celles établies en matière de voirie routière ou de navigation aérienne civile —, auxquelles il y a lieu de se reporter compte tenu du domaine en cause.

A. Définitions

Présente le caractère d'une redevance pour service rendu, selon la définition qu'en a donnée en 1958 le Conseil d'Etat (Assemblée, 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens), « toute redevance demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public, et qui trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage ».

Les termes de redevance pour service rendu ou de rémunération pour service rendu peuvent être considérés comme recouvrant la même notion, le second relevant plutôt de la terminologie qui prévaut en droit budgétaire (Article 5 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, auquel s'est substitué, à compter du 1^{er} janvier 2005, l'article 4 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances).

La situation de l'utilisateur – réglementaire si le service public est administratif, contractuelle s'il est industriel et commercial – est sans incidence sur la qualification juridique de la contrepartie qui lui est demandée, même si c'est le mot de "prix" et non celui de "redevance" qui est couramment utilisé pour désigner la contrepartie financière mise à la charge des usagers de certains services publics industriels et commerciaux.

- Les prélèvements qui, d'une part, sont perçus par voie d'autorité au profit de l'Etat, non pas sur la généralité des contribuables mais sur ceux d'entre eux qui soit utilisent un service public ou un ouvrage déterminé, soit bénéficient de la mise à disposition d'un tel service ou ouvrage et qui, d'autre part, ne présentent pas pour autant le caractère d'une redevance pour service rendu, au sens de la définition qui précède, constituent une taxe (CE, 23 juin 2000, Chambre syndicale du transport aérien et Fédération nationale de l'aviation marchande) et figurent alors au nombre des « impositions de toute

nature » mentionnées à l'article 34 de la Constitution (Les principes guidant l'institution des taxes sont analysés dans la *fiche 5.2.7.*)

Enfin, la notion de tarif évoque un "prix" particulier appliqué à une catégorie d'usagers pour une prestation déterminée, généralement déterminé de manière unilatérale et sous la forme d'un barème préétabli et publié, la notion de péage désignant quant à elle le « prix » réclamé pour l'utilisation d'un ouvrage public routier.

- Cette conception des redevances pour service rendu, établie par le Conseil d'Etat, est partagée et mise en œuvre par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il lui revient de faire le départ entre les matières relevant des articles 34 et 37 de la Constitution. C'est ce que montrent notamment ses décisions n° 69-57 L du 24 octobre 1969, par laquelle il admet que des frais, « trouvant leur contrepartie directe dans des prestations fournies par le service », ont le caractère d'une rémunération pour service rendu et ne sont donc pas inclus dans les impositions de toutes natures et n° 77-100 L du 16 novembre 1977, rendue à propos d'une redevance pour le contrôle des organismes d'HLM, dont le Conseil constitutionnel relève qu'elle n'est pas uniquement la contrepartie d'un service rendu et a dès lors le caractère d'une taxe.

B. Grille méthodologique à l'usage du rédacteur

Avant d'entreprendre de rédiger un texte instituant une redevance, il convient de se poser successivement cinq questions.

1°) Peut-on identifier, pour le redevable, une contrepartie au prélèvement dont l'institution est envisagée ?

Il résulte en effet de la jurisprudence rappelée ci-dessus qu'est illégalement instituée une redevance dont le bénéficiaire ne fournit aucune contrepartie au redevable. Est ainsi condamnée l'utilisation de la redevance pour organiser un système de subventions croisées (CE 30 septembre 1996, Société stéphanoise des eaux et ville de St-Etienne: illégalité de délibérations du conseil municipal adoptant les tarifs de l'eau, dès lors que les augmentations décidées étaient notamment motivées par le souhait qu'une partie des redevances puisse être reversée au budget général de la ville afin de couvrir des charges étrangères à la mission du service des eaux ; voir également CE 13 novembre 1987, Syndicat national des transporteurs aériens).

Cette jurisprudence ne fait toutefois pas obstacle à ce que soit soumis à redevance le simple fait de mettre un service à la disposition d'un utilisateur, par exemple sous la forme d'un abonnement, indépendamment de l'utilisation effective qu'en fait le redevable.

Il est également admis, dans son principe, qu'un complément de redevance perçu à l'instant (t) puisse servir à financer une amélioration du service rendu au redevable en période (t+1). Par sa décision du 8 juillet 1996, *Mérie*, rendue en matière de services communaux mais directement transposable aux services et ouvrages de l'Etat, le Conseil d'Etat a ainsi jugé légale une majoration de redevance portuaire ayant porté le taux de cette dernière à un montant qui a ultérieurement permis la réalisation, par l'autorité gestionnaire, de travaux accroissant la solidité des berges, facilitant l'accès des bateaux et augmentant le nombre de postes d'amarrage.

Une attention particulière sera accordée au fait qu'un service, même exercé en direction d'une personne déterminée, est parfois réputé assuré dans l'intérêt général, et non dans l'intérêt du bénéficiaire apparent - ce qui exclut son financement par voie de redevance payée par ce dernier.

Certes, de tels services font fréquemment l'objet de dispositions constitutionnelles, législatives ou même réglementaires particulières, prohibant ou encadrant expressément la perception de sommes auprès de leurs bénéficiaires. Pour les services d'incendie et de secours, voir les dispositions aujourd'hui codifiées au 7° de l'article L. 2321-2 du CGCT et l'interprétation qu'en a donnée la décision CE 5 décembre 1984, *Ville de Versailles c/ Lopez* ; s'agissant des droits d'inscription à

l'université prévus par une loi de 1951, CE Assemblée, 28 janvier 1972, Conseil transitoire de la faculté des lettres et sciences humaines de Paris ; voir également, s'agissant du service public de la diffusion du droit par l'Internet, le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 ; et enfin, à titre plus anecdotique que pratique, l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, issu de la loi du 8 avril 1955 et disposant que « l'usage des autoroutes est en principe gratuit ».

Le silence des textes ne doit toutefois pas être interprété comme un blanc-seing. Ont ainsi été jugés illégaux les prélèvements institués sous forme de redevances et destinés à financer :

- des travaux d'investissement relatifs à la création ou à l'extension de réseaux d'adduction d'eau potable (CE 24 mai 1991, Mme Carrère : il s'agissait certes, dans cette espèce, de travaux engagés par les communes mais la solution paraît transposable aux travaux publics d'une nature analogue dont la responsabilité incombe à l'Etat) ;

- le contrôle médical auquel sont assujettis les étrangers qui présentent une demande initiale de titre de séjour, dès lors que ce contrôle a essentiellement pour objet la protection de la santé publique (CE 20 mars 2000, Groupement d'Information et de Soutien des Immigrés (GISTI)) ;

- certaines mesures de police de la navigation aérienne, lorsqu'il s'agit de dépenses à caractère permanent et principalement exposées dans l'intérêt de la sécurité des usagers et des populations survolées, CE Sect. 10 février 1995, Chambre syndicale du transport aérien, (2^{ème} espèce) ;

- plus généralement, les contrôles, inspections ou vérifications auxquels l'administration, de sa propre initiative, procède ou fait procéder en les confiant à des organismes certificateurs indépendants (CE Sect. 22 décembre 1978, Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux et autres, à propos du contrôle des vins à appellation d'origine contrôlée ; CC 16 novembre 1977 n° 77-100 L, à propos du contrôle des organismes d'HLM ; CE 26 mars 1997 Société Elf Antargaz, à propos des dépenses d'analyses et de contrôles institués pour l'application de la législation relative aux établissements classés pour la protection de l'environnement) ; dans ce dernier cas, seule la loi (voir, s'agissant du coût des contrôles opérés en matière d'installations classées, l'article L. 514-8 du code de l'environnement) peut prévoir que le coût de l'investigation sera mis à la charge du bénéficiaire ou du demandeur de l'autorisation.

En matière d'ordre, de sécurité et de salubrité publics, peuvent donc seules donner lieu au paiement de redevances les missions de contrôle ou de surveillance occasionnelles ou spéciales « excédant les besoins normaux » auxquels la collectivité est tenue de pourvoir gratuitement. Il peut s'agir :

- de l'utilisation préventive et quasi-privative des services de secours et de lutte contre l'incendie, comme il a été jugé à propos de la présence particulière de pompiers dans les salles de spectacle (CE 29 décembre 1949, Sté Ciné Lorrain) ;

- de mesures de police du transport aérien revêtant un caractère occasionnel et correspondant à une exigence particulière qui découlerait, elle-même, d'une initiative déterminée prise par une entreprise de transport aérien ou le gestionnaire d'un aéroport (voir solution contraire, décision précitée Chambre syndicale du transport aérien et Fédération nationale de l'aviation marchande du 23 juin 2000).

2°) Existe-t-il un lien d'équivalence ou de proportionnalité entre, d'une part, le montant de la redevance et, d'autre part, la contrepartie trouvée dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage ?

- Il est nécessaire de s'assurer, en premier lieu, que les frais qu'il est envisagé de couvrir par le produit de la redevance figurent au nombre des « charges d'un service public déterminé » ou des « frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public ».

Cette définition s'oppose notamment, en principe, à ce que le gestionnaire du service ou de l'ouvrage public intègre dans le calcul du montant de la redevance les coûts supportés par d'autres personnes publiques que celles dont il relève, alors même que l'existence de ces coûts ne serait pas douteuse (cas dits des « externalités négatives », à l'image des coûts de dépollution supportés par les riverains d'un ouvrage d'art ou d'une installation dont l'utilisation est soumise à péage ou redevance, comme les aéroports).

- En deuxième lieu, l'administration élaborant le texte devra impérativement constituer et conserver un ensemble de pièces justificatives, issu par exemple de la comptabilité générale du service intéressé, et permettant, le cas échéant, de prouver devant le juge l'imputabilité des frais en cause. Faute de justificatifs probants, le juge n'hésite pas en effet à juger la redevance illégale (CE 20 mai 1998, Syndicat des compagnies aériennes autonomes, n°179784 et 180959).

Dans l'hypothèse où le montant de la redevance envisagée ne serait pas le même pour tous les usagers (cf. infra, modulation des tarifs), il faudra s'appuyer dans la mesure du possible, sur les éléments tirés de la comptabilité analytique du service : ce n'est en effet qu'à titre subsidiaire, après avoir constaté l'impossibilité d'identifier le coût imputable à chaque catégorie d'usagers, que le juge admettra une évaluation forfaitaire.

- En troisième et dernier lieu, il conviendra de s'assurer que le montant que l'on souhaite fixer à la redevance est au plus égal au coût du service ou d'entretien et de fonctionnement de l'ouvrage, correctement imputé et dûment justifié (Pour la censure récente d'une redevance dont le montant excède le coût du service rendu, cf CE 2 avril 1997, Commune de Montgeron ; pour la censure d'une redevance dont le montant n'a pas été établi en considération de ce coût, cf CE 19 mars 2001, Société Air Liberté et autres).

Cependant l'administration reste libre, pour ce faire, de choisir une méthode de mesure du coût, à savoir le recours à la méthode :

- du coût marginal - méthode longtemps préférée par le Commissariat général au Plan et consistant à retenir le seul supplément de coût résultant d'une augmentation unitaire de la production ;

- du coût complet - méthode actuellement privilégiée par l'administration centrale, puisqu'elle permet d'atteindre l'équilibre budgétaire, et par laquelle on intègre l'ensemble des coûts fixes et variables, directs et indirects y compris par exemple les frais de fonctionnement d'une instance consultative adjointe à l'autorité gestionnaire de l'ouvrage (CE 1^{er} décembre 1999, Syndicat des compagnies aériennes autonomes) ou les coûts de formation du personnel (CE Section, 10 février 1995, Chambre syndicale du transport aérien) ;

- ou encore du coût dit de développement - établi en fonction de la valeur de remplacement des équipements actuels et du montant des investissements nécessaires pour satisfaire intégralement la demande, à une échéance donnée, sans dégrader la qualité du bien ou du service offert.

La jurisprudence la plus récente admet quelques tempéraments au principe d'équivalence :

- il est ainsi jugé, lorsque le service rendu consiste en la diffusion d'œuvres de l'esprit, qu'au coût de production de cette œuvre strictement entendu peut légalement s'ajouter, pour déterminer le montant de la redevance, une juste rémunération des droits de propriété intellectuelle attachés à cette œuvre - du moins lorsque la communication de l'œuvre est faite à des tiers en vue de l'exercice, par les intéressés, d'une activité commerciale (CE Ass., 10 juillet 1996, Direct Mail Promotion et autres). Le lien opéré par cette jurisprudence entre les éléments entrant dans le montant de la redevance et l'utilisation qui est faite du service rendu tranche, on le voit, avec la conception traditionnelle du principe d'équivalence. Il signifie implicitement que la facturation de droits en cause est liée à l'avantage financier que le bénéficiaire de la communication devrait tirer de l'exploitation commerciale

qu'il compte faire des données. La décision ne va cependant pas jusqu'à affirmer que le montant de la redevance perçue doit être en rapport avec les profits escomptés, sauf à considérer que le montant des droits privatifs soit lui-même déterminé à partir d'une évaluation de ces profits ;

- le Conseil d'Etat a par ailleurs écarté le moyen tiré de ce que le tarif fixé pour une redevance d'assainissement était supérieur au coût du service, aux motifs, d'une part, que ce service revêtait pour l'usager un caractère facultatif et, d'autre part, qu'il existait en l'espèce une concurrence effective sur le marché pertinent constitué par l'offre et la demande de tels services (CE 21 mars 2003, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux).

Enfin le juge de l'excès de pouvoir n'exerce qu'un contrôle restreint sur l'appréciation au terme de laquelle l'autorité compétente pour fixer le montant de la redevance (V. infra) a estimé que ce dernier était effectivement proportionné au coût du service rendu aux usagers (CE 17 novembre 1978, Société Etablissements Geismann frères ; 2 novembre 1987, Mansier ; CE 3 juillet 1991, Syndicat des psychiatres des hôpitaux et autres).

Le Conseil constitutionnel a adopté, dans le cas des redevances aéroportuaires, une conception souple du principe d'équivalence (Décision n° 2005-513 DC - 14 avril 2005)

3°) Les modulations de tarifs envisagées respectent-elles le principe d'égalité devant les charges publiques ?

Si le principe d'équivalence interdit de mettre à la charge de l'usager une redevance d'un montant supérieur au coût du service, sauf à ce que le prélèvement prenne alors une coloration fiscale, ce principe ne fait en revanche pas obstacle à ce que le montant de la redevance soit inférieur à ce coût (CE 3 décembre 1996, OPHLM de la ville de Paris c/ commissaire de la république de la région Ile-de-France).

Cette relative « souplesse à la baisse » dans la fixation de la redevance permet notamment de poursuivre d'autres objectifs que la simple couverture du coût du service et de s'inscrire dans une politique délibérée mise en œuvre par l'autorité gestionnaire, par exemple en facturant des prix distincts aux différentes catégories d'usagers d'un même service ou ouvrage - on parle alors de modulations de tarifs.

La jurisprudence a ainsi admis de nombreuses modulations, fondées sur des critères géographiques ou sociaux, ou, plus récemment, tenant compte de la congestion des ouvrages à certaines dates ou heures (Avis n° 353605, EDCE n° 45, p. 338, s'agissant des tarifs de la SNCF ; CE, 28 février 1996, Association F.O. consommateurs, soulignant l'intérêt général qui s'attache à ce que le tarif pratiqué par les sociétés concessionnaires d'autoroutes favorise la fluidité du trafic) ou de considérations commerciales (CE 13 octobre 1999, Compagnie Air France, p. 303, s'agissant de la fixation par Aéroports de Paris du montant des redevances d'atterrissage des avions cargos, dans des conditions moins favorables à la compagnie nationale qu'aux exploitants d'aéronefs étrangers. Le Conseil d'Etat admet la justification d'un tarif progressif en fonction du tonnage de jauge atterrie annuelle par compagnie "eu égard à l'intérêt général qui s'attache au développement des aéroports parisiens comme plate-forme de fret international et à un élargissement de l'offre de fret aérien au départ de ces aéroports »).

Ces modulations ont toutefois en commun d'être soumises au principe d'égalité devant le service public, énoncé en particulier par la décision (CE Sect., 10 mai 1974 Denoyez et Chorques), et selon lequel « la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure (CE 13 octobre 1999, Compagnie nationale Air France, précitée).

Ce principe d'égalité est également rappelé à l'article 147 de la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, aux termes duquel : « Les tarifs des services publics administratifs à caractère facultatif peuvent être fixés en fonction du niveau du revenu des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer. Les droits les plus élevés ainsi fixés ne peuvent être supérieurs au coût par usager de la prestation concernée. Les taux ainsi fixés ne font pas obstacle à l'égal accès de tous les usagers au service ».

Le juge censure ainsi toute modulation tarifaire qui soit ne peut être justifiée par une différence objective de situation ou par un intérêt général (Pour une application récente, CE 28 février 1996, n°163528, Etablissement public du musée du Louvre), soit s'avère trop importante, par son ampleur, au regard de cette différence ou de cet intérêt (CE 13 octobre 1999, Compagnie nationale Air France, précitée).

En outre l'exonération totale d'une redevance n'est jugée légale que lorsqu'elle est justifiée par la faiblesse relative (ou l'absence) du service rendu à une catégorie particulière d'usagers (CE 27 février 1998, Commune de Sassenay c/ Loup).

4°) Dans l'hypothèse où le service qui donne lieu au paiement de la redevance constitue une activité économique, les tarifs envisagés respectent-ils le droit national ou communautaire en matière de concurrence et de fiscalité des biens et services ?

- L'application du droit de la concurrence à la perception des redevances pour service rendu est déterminée par la nature de l'activité donnant lieu à cette perception. Tout comme la jurisprudence nationale, la jurisprudence communautaire distingue les activités administratives, assimilables à des actes de souveraineté et non soumises aux règles de la concurrence, des activités économiques, qui y sont soumises.

On rappellera, sur ce point :

- que le caractère économique d'une activité est indépendant du statut juridique de l'organisme qui l'exerce et de son mode de financement (CJCE 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979) ; ainsi la notion d'entreprise, c'est-à-dire l'exercice d'une activité de production, de distribution, de services ou, plus généralement, d'une activité commerciale, ne dépend pas, lorsqu'il s'agit d'une société, de la propriété publique ou privée du capital ;

- que le droit de la concurrence s'applique chaque fois que les actes et décisions d'une personne, publique ou privée, exerçant une activité de production, de distribution ou de services, ne relèvent pas d'une prérogative de puissance publique (CA Paris, 10 février 1992, Société « La Cinq » c/ Fédération française de football).

- que dans les cas limites, le critère utilisé par la C.J.C.E. est celui du développement de la concurrence sur le marché où opère le prestataire : si la concurrence est importante, l'activité sera présumée économique.

La soumission du service au droit de la concurrence emporte, sur la fixation des redevances, trois conséquences principales :

- elle interdit tout d'abord que les redevances soient fixées à un niveau tellement bas qu'il serait susceptible de conduire à l'élimination de la concurrence (on parle alors de prix "prédateur"). Les pratiques s'apparentant à du dumping, qu'elles soient ou non rendues possibles par un système de subventions croisées, sont donc prohibées (sur ce point, voir "*Collectivités publiques et concurrence*", EDCE 2002, pp. 237 et suivantes).

- le droit de la concurrence interdit également, à l'inverse, que le service profite d'une éventuelle position de quasi-monopole pour pratiquer des prix trop élevés, au détriment des usagers. Par exemple, lorsque le service offert est un service intermédiaire qui entre pour une part fondamentale dans

la fonction de production d'une entreprise, laquelle est en concurrence, sur le marché du service "fini", avec l'organisme qui fournit le service intermédiaire, le juge s'assure que la redevance ne fait pas obstacle, par son montant excessif, à l'activité concurrentielle de cette entreprise ; dans le cas inverse, le juge estime caractérisé l'abus de position dominante et annule, pour ce motif, le texte instituant la redevance (CE, 29 juillet 2002, Société Cegedim, p. 280).

- on veillera enfin à ce que la fixation de tout ou partie des tarifs de redevances à un niveau très bas n'entraîne pas, indirectement, une méconnaissance du régime communautaire des aides d'Etat. En effet, dès lors que le montant de la redevance ne peut être supérieur au coût du service rendu (cf. supra), le fournisseur de services qui pratique des modulations tarifaires ne peut atteindre l'équilibre budgétaire qu'au moyen d'une subvention : cette dernière, si elle est versée au moyen de ressources d'Etat, peut alors constituer un avantage prohibé par le Traité.

Cependant, en vertu de la jurisprudence la plus récente de la C.J.C.E., il n'y a aide d'Etat que lorsque la subvention excède les surcoûts que supporte l'entreprise pour l'accomplissement des obligations de service public qui lui sont imposées par la réglementation (CJCE 22 novembre 2001, Ferring S.A. c/ Agence centrale des organismes de sécurité sociale, C-53/00, confirmé par CJCE, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, Aff. C-280/00).

- L'exercice d'une activité économique suffit par ailleurs à faire entrer les opérations effectuées par l'exploitant dans le champ d'application de la TVA. On veillera donc, lors de la fixation du taux de la redevance, à préciser si ce taux s'entend ou non « toutes taxes comprises (voir sur le point de savoir si l'autorité gestionnaire d'un service public industriel et commercial est en droit d'ajouter le montant de la TVA au tarif fixé pour la redevance, CE, Section, 28 juillet 1993, Bernadet, au recueil).

II. Mise en œuvre

A. Obligation de payer et fixation des tarifs

1°) La prise d'un acte administratif unilatéral : principe et exception

La gratuité n'étant pas au nombre des "lois du service public" et les rémunérations perçues des usagers ne relevant, en outre, d'aucune des rubriques de l'article 34 de la Constitution, la jurisprudence reconnaît traditionnellement la compétence de l'autorité administrative – c'est-à-dire, s'agissant de service rendu par l'Etat, du Gouvernement - pour instituer les redevances pour service rendu par voie unilatérale et sans habilitation législative particulière, dans le respect toutefois des principes qui viennent d'être indiqués.

Il n'existe qu'une exception à ce principe : celle résultant de l'application du code des marchés publics, lorsque le bénéficiaire de la prestation est une autre administration publique soumise à ce code. Dans ce cas, en effet, la passation d'un marché public après appel à la concurrence est en principe nécessaire et la contrepartie financière de la prestation résultera donc d'un contrat. Une telle hypothèse correspond notamment au cas des prestations d'ingénierie assurées par l'Etat au bénéfice d'autres personnes morales de droit public (voir sur ce point l'analyse figurant dans les considérations générales du Rapport public du Conseil d'Etat pour 2002, " Collectivités publiques et concurrence ", Etudes et documents 2002, p 317 et s.).

Il peut donc s'avérer nécessaire de réserver ce cas dans les décrets instituant des redevances pour service rendu, en prévoyant que le montant de la redevance est fixé soit par un tarif établi par le ministre compétent, soit, s'il y a lieu, dans le cadre d'un acte contractuel passé entre les deux personnes publiques concernées (Cf. article 2 du décret n° 2002-835 du 2 mai 2002 relatif à la rémunération de certains services rendus par le ministère de l'équipement, des transports et du logement).

2°) La répartition entre décret en Conseil d'Etat et arrêté

a) Sous l'empire des dispositions de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances

Alors qu'on pourrait concevoir la matière des redevances comme relevant seulement de l'article 37 de la Constitution, les règles de procédure et de compétence qui les encadrent ont été définies par l'article 5 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, aux termes duquel : "La rémunération des services rendus par l'Etat ne peut être établie et perçue que si elle a été instituée par décret en Conseil d'Etat pris sur rapport du ministre des finances et du ministre intéressé".

Cette disposition n'a cependant pas été interprétée comme impliquant que le décret en Conseil d'Etat comporte tous les éléments nécessaires à cet établissement et à cette perception, c'est-à-dire les règles essentielles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement et de contrôle.

La pratique constante, expressément validée par la jurisprudence (Cf. par ex. CE, Ass., 10 juillet 1996, société Direct mail promotion et autres), a au contraire consisté à ne préciser par décret que les éléments relatifs à l'objet de la redevance instituée et aux prestations donnant lieu à rémunération. Le surplus, en particulier le tarif de la redevance, est renvoyé à un arrêté ministériel ou, compte tenu des délégations éventuellement consenties, préfectoral, sans qu'il y ait nécessairement un encadrement précis.

A titre d'illustration, le décret n°95-936 du 17 août 1995 instituant une redevance pour services rendus par le ministère de l'outre-mer se borne, après avoir visé l'ordonnance précitée, à disposer en son article 1^{er} que :

« Les services rendus aux personnes physiques ou morales autres que l'Etat par le ministère de l'outre-mer, à l'occasion de l'exploitation du bac assurant la traversée du Maroni entre la Guyane et le Surinam, donnent lieu à la perception d'un droit de passage dont le taux est fixé par arrêté préfectoral. »

De la même façon, le décret n°99-566 du 6 juillet 1999 relatif au regroupement familial des étrangers, pris pour l'application du chapitre VI de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 dispose en son article 16 que :

« La délivrance de l'autorisation de regroupement familial donne lieu au versement à l'Office des migrations internationales par le demandeur d'une redevance pour services rendus au titre de l'article 13 du présent décret dont le montant est fixé forfaitairement par arrêté conjoint du ministre chargé de l'intégration et du ministre chargé du budget. »

On notera toutefois que l'autorité chargée d'arrêter le tarif est tenue d'épuiser le champ des compétences qui lui sont ainsi dévolues, à peine d'irrégularité de sa décision : est ainsi illégal l'arrêté par lequel le ministre de l'éducation nationale se borne à fixer un plafond à la rémunération de la cession, avec ou sans droit de reproduction ou de diffusion, de documents ou données élaborés, détenus ou conservés par ses services (28 mai 1999, Syndicat de la presse quotidienne régionale).

b) Sous l'empire des dispositions de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (dite LOLF)

L'article 4 de la loi organique du 1^{er} août 2001, s'il reprend les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance de 1959 pour ce qui est des modalités de création des redevances (par décret en Conseil d'Etat pris sur le rapport du ministre des finances et du ministre intéressé), innove en prévoyant une obligation de ratification des décrets institutifs. Il dispose en effet que : "Ces décrets deviennent caducs en l'absence d'une ratification dans la plus prochaine loi de finances afférente à l'année concernée".

Il y a lieu de tenir compte, pour l'application de ces dispositions, de l'interprétation qu'en a donnée le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001.

Celui-ci a en effet estimé que c'est seulement parce que ces redevances sont des ressources budgétaires de l'Etat que leur détermination entre dans l'objet des lois de finances ; en revanche, "la procédure

de ratification résultant de ces dispositions ne vise que les décrets instituant la rémunération d'un service rendu par l'Etat, à l'exclusion des actes pris sur la base de ces décrets" et elle "n'a pour objet que d'autoriser, au delà de la date d'entrée en vigueur de la prochaine loi de finances, la perception de ces rémunérations".

La matière des redevances pour service rendu par l'Etat n'est donc pas attrait dans le domaine de la loi : la loi organique s'est bornée à définir dans quelles conditions et sous quelles réserves la loi de finances aurait à connaître de ces ressources, qui n'entrent pas par elles-mêmes, à la différence des impositions de toutes natures, dans le champ de compétence législative. Cette ratification, en définitive, s'analyse comme une sorte de confirmation par le législateur de dispositions prises par le pouvoir réglementaire dans l'exercice de ses compétences.

On peut raisonnablement déduire de ces motifs que le partage actuel entre décret et arrêté n'est pas remis en cause, et que la portée de la ratification est en réalité identique à celle qui s'attachait à la mention en annexe au projet de loi de finances des taxes parafiscales (supprimées par la loi organique du 1er août 2001 à compter du 31 décembre 2003).

Au total, les décrets instituant des redevances perçues au profit de l'Etat n'auront pas à entrer dans plus de précisions qu'ils ne le font actuellement, notamment en ce qui concerne le tarif des redevances, et leur ratification par la loi de finances n'aura pour effet ni de les hausser au niveau législatif ni de les soustraire au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Reste à déterminer la portée des termes "ratification dans la plus prochaine loi de finances afférente à l'année concernée". Dans le rapport précité, le Conseil d'Etat estime que cette formulation, qui est la même que celle utilisée à l'article 13 pour la ratification des décrets d'avance, paraît renvoyer la ratification à la loi de finances rectificative de fin d'année ou à la loi de règlement de l'exercice au cours duquel a été pris le décret créant la redevance. En conséquence, et à la différence, cette fois-ci, du régime qui était celui des taxes parafiscales, la loi de finances initiale n'aura pas à connaître des redevances pour service rendu. En outre, une redevance instituée à la fin de l'année, soit trop tard pour que sa ratification puisse être proposée dans le cadre de la loi de finances rectificative, attendra sa ratification jusqu'au vote définitif de la loi de règlement afférente à cette année, et pourra être perçue jusqu'à ce vote sur la seule base du décret qui l'a instituée.

Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er janvier 2005. La loi organique n'a certes prévu aucune disposition particulière applicable au « stock » de redevances existantes, à la différence par exemple de ce qu'elle a fait, dans une situation assez similaire, pour les garanties ou les taxes parafiscales. Pour les redevances instituées au cours d'exercices définitivement clos au 1er janvier 2005 - c'est-à-dire ceux pour lesquels les lois de règlement ont été votées - la formalité prévue par la loi organique est en tout état de cause impossible, en l'absence de loi de finances "afférente à l'exercice concerné".

B. Affectation du produit des redevances

Le produit des redevances perçues par l'Etat sur l'utilisateur à l'occasion de la fourniture d'un service n'est pas nécessairement affecté, mais il peut l'être.

1°) Les fonds de concours ou « attribution de produits »

L'article 19 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances et l'article 17 de la loi organique du 1^{er} août 2001, qui lui succède, prévoient la possibilité de "rattacher" en cours d'année aux dotations de l'administration intéressée, sous forme d'ouverture de crédits supplémentaires, les recettes correspondant à des redevances pour service rendu. Cette procédure, qualifiée de « fonds de concours par assimilation » sous l'empire de l'ordonnance de 1959, est dénommée « attribution de produits » par la nouvelle loi organique.

Cette possibilité d'affectation est largement utilisée, notamment pour les rémunérations tirées des prestations annexes ou accessoires à l'activité principale des services administratifs (diffusion de documents, prêt de locaux, etc.).

A titre d'illustration, l'article 2 du décret du 17 août 1995 dispose :

« Les rémunérations instituées à l'article 1er sont assimilées à un fonds de concours pour dépenses d'intérêt public. Des arrêtés conjoints du ministre de l'économie et des finances et du ministre de l'outre-mer déterminent les prélèvements au profit du budget général et les modalités de rattachement de ces recettes au budget du ministère de l'outre-mer. »

Comme l'assimilation à un fonds de concours en application de l'article 19 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, la mise en place d'une procédure d'attribution de produits nécessite, aux termes de l'article 17 de la loi organique du 1^{er} août 2001, un décret pris sur le rapport du ministre des finances. Cette disposition ne relève donc pas d'un décret en Conseil d'Etat, mais il est toutefois possible de la faire figurer dans le décret instituant la redevance.

2°) Les budgets annexes

Ces budgets avaient pour objet, selon l'article 20 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, de "retracer les opérations financières de services de l'Etat dont l'activité tend essentiellement à produire des biens ou à rendre des services donnant lieu à paiement de prix".

La loi organique du 1^{er} août 2001 retient une formulation plus restrictive, mais laisse ouverte la possibilité d'affecter par ce biais le produit de redevances. Elle prévoit en effet, en son article 18, que les budgets annexes pourront retracer "les seules opérations des services de l'Etat non dotés de la personnalité morale résultant de leur activité de production de biens ou de prestation de services donnant lieu au paiement de redevances, lorsqu'elles sont effectuées à titre principal par ledit service".

C. Règlement des litiges afférents au paiement des redevances

Dans le silence des textes, la jurisprudence estime que ces litiges relèvent de la juridiction administrative ou judiciaire, selon que le service public en cause revêt un caractère administratif (Pour une application récente, voir CE. 28 juin 1996, S.A.R.L. d'exploitation des établissements Bailly) ou industriel et commercial (CE, Avis, Section, 10 avril 1992, S.A.R.L. Hofmiller).

On notera enfin que ces litiges entrent dans le champ de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CE 28 juillet 2000, n°202798, Tête et Association du "Collectif pour la gratuité contre le racket »).

*

* *

On trouvera en annexe des modèles de rédaction pour la création de redevances.

Annexes à la fiche 5.2.8 : exemples de rédaction

Annexe 1

Décret instituant la redevance - Cas général

Décret n° 2005-YYY du

Décret instituant une redevance pour services rendus par [ex : « le ministère de l'outre-mer »]
[mention facultative : « et prévoyant l'affectation du produit de cette redevance »]

OU :

Décret relatif à la rémunération de certains services rendus par [ex : « le ministère de l'outre-mer »]

NOR :

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et [ex : « du ministre de l'outre-mer »],

Vu la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, notamment ses articles 4 et 17 ;

Le Conseil d'Etat [ex : « (section de l'intérieur) »] entendu,

Article 1

Les services rendus aux personnes physiques ou morales autres que l'Etat par [ex : « le ministère de l'outre-mer »], à l'occasion de [ex : « l'exploitation du bac assurant la traversée du Maroni entre la Guyane et le Surinam »], donnent lieu à la perception [ex : « d'un droit de passage »] dont le taux est fixé par [« arrêté ministériel » ou « arrêté préfectoral »].

Article 2

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, [« le ministre de l'outre-mer »] et le secrétaire d'Etat au budget sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Annexe 2

Décret instituant la redevance - Cas particulier où est prévue la soumission du redevable au code des marchés publics

Décret n° 2005-YYY du

Décret instituant une redevance pour services rendus par [ex : « le ministère de l'outre-mer »]
[mention facultative : « et prévoyant l'affectation du produit de cette redevance »]

OU :

Décret relatif à la rémunération de certains services rendus par [ex : « le ministère de l'outre-mer »]

NOR :

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances et [ex : « du ministre de l'outre-mer »],

Vu la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, notamment ses articles 4 et 17 ;

Le Conseil d'Etat [ex : « (section de l'intérieur) »] entendu,

Article 1

Peuvent donner lieu à rémunération pour services rendus les prestations énumérées ci-après fournies par les services du ministère de [ex : « l'outre-mer »] au profit de personnes publiques, autres que l'Etat, et de personnes privées :

[ex : « 1°. - Cession de documents ou données élaborés, détenus ou conservés par lesdits services, quel que soit le support utilisé, ou des droits de reproduction ou de diffusion qui y sont attachés ;

2°. - Reproduction et mise à disposition de documents administratifs ou de documents d'information (etc.) »].

Article 2

Les rémunérations des prestations énumérées à l'article 1er sont fixées selon leurs caractéristiques, en application de tarifs arrêtés par le ministre de [ex : « l'outre-mer »], ou par voie de contrats relatifs à une prestation déterminée.

Article 3

Le ministre de l'économie et des finances, [« le ministre de l'outre-mer »] et le secrétaire d'Etat au budget sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Annexe 3

Fixation du tarif par arrêté interministériel

Arrêté n° 2005-YYY du

Arrêté fixant le barème de la redevance pour service rendu par [ex : « le ministère de l'outre-mer »]
à compter du [ex « 1er janvier 2005 »]

Le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le [ex : « ministère de l'outre-mer »],

Vu le décret n° 2005-YYY du XXX instituant une redevance pour service rendu par [ex : « le ministère de l'outre-mer »], notamment son article 1^{er} ;

Vu la proposition de [le cas échéant] ;

Vu l'avis de [le cas échéant], saisi le ZZZ ;

Arrêtent :

Art. 1er. – A compter du 1er janvier 2005, les taux de la redevance prévue à l'article 1^{er} du décret du XXX susvisé sont fixés comme suit : [ex : « véhicules de plus de 10 tonnes : 100 euros »].

[le cas échéant : « **Art. 2.** – L'arrêté du fixant le barème de, modifié par, est abrogé à compter du 12 décembre 2004.]

Art. 2 [ou 3]. – Le [directeur des affaires économiques et financières], le directeur du Trésor et le directeur du budget sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 2005.

Fiche 5.2.9**CRÉER UN TRAITEMENT AUTOMATISÉ**

Un traitement automatisé de données s'entend de toute opération ou de tout ensemble d'opérations, réalisés par des moyens automatiques, qui portent sur des données : collecte, enregistrement, organisation, conservation, adaptation, modification, extraction, utilisation, diffusion, rapprochement, interconnexion, etc.

Si certains traitements automatisés de données ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la liberté individuelle ou au respect de la vie privée (ainsi, par exemple, des traitements automatisés de données relatives à des personnes morales), il n'en est pas de même des traitements automatisés de données à caractère personnel, c'est-à-dire des traitements portant sur des informations permettant d'identifier, directement ou indirectement, une personne physique.

La création de traitements automatisés de données à caractère personnel est donc étroitement réglementée par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Cette loi établissait initialement une distinction entre les traitements relevant du secteur public, qui devaient être autorisés par la loi ou par un acte réglementaire pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), et les traitements opérés par le secteur privé, qui devaient faire l'objet d'une simple déclaration préalable auprès de la CNIL.

La loi du 6 janvier 1978, à l'exception de son article 1er qui pose le principe selon lequel l'informatique « ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques », a toutefois été profondément modifiée par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, afin notamment de procéder à la transposition de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995.

Il n'y a désormais plus lieu de distinguer entre les traitements du secteur public et ceux du secteur privé mais entre les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées, qui sont soumis à une procédure d'autorisation préalable, et les autres.

La présente fiche vise à expliciter les règles de procédure, de forme et de fond qui régissent désormais la création, par une personne morale de droit public, de traitements automatisés de données à caractère personnel. Toutefois, elle n'aborde ni les traitements automatisés de données à caractère personnel ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, régis par les dispositions des articles 53 à 61 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, ni les traitements automatisés de données à caractère personnel à des fins d'évaluation ou d'analyse des pratiques ou des activités de soins et de prévention, régis par les dispositions des articles 62 à 66 de la même loi. Elle se réfère à des décisions du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la CNIL qui restent d'actualité malgré l'évolution du droit applicable.

I - Principes généraux

La création de traitements automatisés de données à caractère personnel est soumise au respect des exigences et principes de valeur constitutionnelle. Leur méconnaissance est censurée par le

Conseil constitutionnel, lorsque le traitement est créé par la loi, et par le Conseil d'Etat, lorsqu'il est créé par un acte réglementaire.

Au nombre de ces principes figure le respect de la vie privée, dont le Conseil constitutionnel juge qu'il est un corollaire du principe de liberté proclamé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (voir notamment la décision n°2004-499 DC du 29 juillet 2004).

Le respect de la vie privée n'est toutefois pas un principe absolu. Il doit être concilié avec d'autres principes ou exigences constitutionnelles, notamment la sauvegarde de l'ordre public.

Il appartient donc au service qui crée un traitement automatisé de s'assurer que les éventuelles atteintes qui seront portées à la vie privée des personnes sont justifiées par la protection d'autres principes ou droits de valeur constitutionnelle.

Ainsi, l'atteinte portée à la vie privée par une base de données biométriques mise en œuvre par l'établissement public Aéroports de Paris afin de contrôler l'accès aux zones réservées de sûreté des aéroports d'Orly et de Roissy est justifiée par un impératif de sécurité (délibération de la CNIL n°04-017 du 8 avril 2004). En revanche, l'instauration de la même base de données biométriques dans un collège, aux seules fins de contrôler l'accès à la cantine scolaire, ou dans une préfecture, aux fins de faciliter la gestion du temps de travail des agents, ne peut être autorisée (délibérations n°00-015 du 21 mars 2000 et n°00-057 du 16 novembre 2000).

Il importe en outre de veiller à ce que les atteintes portées à la vie privée des personnes concernées soient strictement nécessaires à la réalisation des objectifs poursuivis et assorties de garanties, notamment celles résultant de la législation relative à l'informatique et aux libertés.

C'est au regard de l'ensemble de ces éléments que le juge apprécie la constitutionnalité d'un traitement automatisé.

La décision du Conseil constitutionnel n°2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure, qui a créé des traitements automatisés de données à caractère personnel recueillies par les services de police ou de gendarmerie dans le cadre de leurs missions, est à cet égard éclairante. C'est après avoir relevé « que l'article 21 place le traitement des informations nominatives sous le contrôle du procureur de la République (...); qu'il définit strictement les personnes, autres que les magistrats judiciaires, habilitées, en raison de leurs attributions de police judiciaire, à utiliser les traitements en cause (...); que l'article 22 fixe les conditions et modalités selon lesquelles les données nominatives contenues dans les fichiers intéressant en particulier la sécurité publique peuvent être communiquées aux personnes intéressées (...); qu'il ressort des débats parlementaires que la loi du 6 janvier 1978, que le législateur n'a pas entendu écarter, s'appliquera aux traitements en cause », que le Conseil constitutionnel juge que « l'ensemble de ces garanties est de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée ».

II - Régime des traitements automatisés

A. Domaine de la loi et du règlement

L'article 15 de la loi du 6 janvier 1978, dans sa version antérieure à la loi du 6 août 2004, prévoyait « qu'hormis les cas où ils doivent être autorisés par la loi, les traitements automatisés d'informations nominatives opérés pour le compte de l'Etat, d'un établissement public, d'une collectivité territoriale ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public sont décidés par un acte réglementaire pris après avis motivé de la CNIL ». La loi du 6 janvier 1978 modifiée par celle du 6 août 2004, qui entend régir de façon exhaustive la création des traitements automatisés, ne prévoit plus cette intervention du législateur.

B. Règles de procédure

La procédure de création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel est définie par la loi du 6 janvier 1978 : la mise en œuvre d'un tel traitement est subordonnée, selon le cas, à une procédure préalable de déclaration ou à une procédure d'autorisation. Sont toutefois exonérés de ces obligations les registres publics informatisés établis par les lois et règlements, comme les registres du cadastre ou des hypothèques.

Le Conseil d'Etat a jugé qu'une mesure qui étend de façon substantielle la portée d'un traitement automatisé existant s'apparente à une décision de création d'un tel traitement (CE, 15 décembre 2000, Patel et autres). Une telle mesure doit donc être prise selon les formes prévues par la loi du 6 janvier 1978.

1°) Déclaration préalable

La procédure de déclaration préalable auprès de la CNIL est la procédure de droit commun. Elle s'applique aux traitements automatisés autres que ceux qui sont soumis, en raison des risques qu'ils comportent pour les libertés, à un régime d'autorisation. La déclaration doit comporter l'engagement que le traitement satisfait aux exigences de la loi. Elle peut être adressée à la CNIL par voie électronique.

La CNIL délivre sans délai un récépissé. Elle ne peut refuser cette délivrance dès lors que le dossier de déclaration répond aux exigences de la loi (CE, Sect., 6 janvier 1997, Caisse d'épargne Rhône-Alpes-Lyon).

Le responsable peut mettre en œuvre le traitement dès qu'il a reçu le récépissé. La création du traitement ne nécessite donc l'intervention d'aucune décision réglementaire. Le défaut de déclaration est passible des sanctions prévues par l'article 226-16 du nouveau code pénal.

Les traitements relevant d'un même organisme et ayant des finalités identiques ou liées entre elles peuvent faire l'objet d'une déclaration unique.

La loi du 6 janvier 1978 prévoit par ailleurs qu'une déclaration simplifiée est établie par la CNIL pour les traitements de données à caractère personnel « dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés ». Certains de ces traitements peuvent même, compte tenu de leurs finalités, de leurs destinataires, des données à caractère personnel traitées, de la durée de conservation de celles-ci et des catégories de personnes concernées, être dispensés de toute déclaration.

2°) Autorisation préalable

Certains traitements sont soumis, en raison des risques qu'ils comportent pour les libertés, à un régime d'autorisation préalable.

a) Traitements qui ne peuvent être mis en œuvre qu'après autorisation de la CNIL

L'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 dresse la liste des traitements qui, du fait de leur finalité ou de la nature des données concernées, ne peuvent être mis en œuvre qu'après autorisation de la CNIL.

Il s'agit principalement :

- des traitements, justifiés par un intérêt public, de données dites « sensibles » mentionnées à l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 (origines raciales ou ethniques ; opinions politiques, philosophiques ou religieuses ; appartenance syndicale ; données relatives à la santé ou à la vie sexuelle des personnes) ;

- des traitements de données génétiques, à l'exception de ceux mis en œuvre par des personnels de santé et qui répondent à des fins médicales ;
- des traitements automatisés comportant des données biométriques nécessaires au contrôle de l'identité des personnes ;
- des traitements portant sur des données parmi lesquelles figure le numéro d'identification des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques et ceux qui requièrent une consultation de ce répertoire ;
- des traitements de données portant sur des infractions, condamnations ou mesures de sûreté, à l'exception de ceux mis en œuvre par les auxiliaires de justice ;
- des traitements de données comportant des appréciations sur les difficultés sociales des personnes ou qui ont pour finalité de sélectionner les personnes susceptibles de bénéficier d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat, dès lors qu'elles n'en sont exclues par aucune disposition législative ou réglementaire ;
- ou des traitements qui ont pour objet de procéder à l'interconnexion de fichiers relevant d'une ou de plusieurs personnes morales gérant un service public et dont les finalités correspondent à des intérêts publics différents.

Toutefois, ceux de ces traitements qui sont mentionnés aux articles 26 et 27 de la loi du 6 janvier 1978 sont régis par les dispositions de ces articles (cf. b) ci-dessous).

La CNIL se prononce dans un délai de deux mois, renouvelable une fois, à compter de la réception de la demande. Lorsque la commission ne s'est pas prononcée dans ce délai, la demande d'autorisation est réputée rejetée. L'autorisation délivrée par la CNIL ou le refus d'autorisation sont des actes administratifs, dont le contentieux éventuel relève du Conseil d'Etat.

Le traitement automatisé peut être mis en œuvre dès que l'autorisation a été délivrée par la CNIL. L'intervention d'un acte réglementaire n'est pas nécessaire.

b) traitements qui doivent être autorisés par acte réglementaire, pris après avis motivé et publié de la CNIL

Les articles 26 et 27 de la loi du 6 janvier 1978 prévoient, quant à eux, les cas dans lesquels les traitements doivent être autorisés par un acte réglementaire, pris après avis motivé et publié de la CNIL.

- L'article 26 prévoit que doivent être autorisés par arrêté du ou des ministres compétents, pris après avis motivé et publié de la CNIL, les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'Etat qui :

- *intéressent la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique ;
- *ou qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté.

Ceux de ces traitements qui portent sur les données « sensibles » mentionnées à l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 ne peuvent être autorisés que par décret en Conseil d'Etat pris après avis motivé et publié de la CNIL.

Dans les deux cas, l'avis de la CNIL est rendu dans un délai de deux mois, renouvelable une fois, à compter de la réception de la demande. L'avis qui n'est pas rendu à l'expiration de ce délai est réputé favorable. L'avis de la CNIL est publié avec l'acte réglementaire autorisant le traitement.

La loi du 6 janvier 1978 prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat peut dispenser de publication l'acte réglementaire autorisant le traitement. Le sens de l'avis émis par la CNIL est alors publié en même temps que le décret autorisant la dispense de publication de l'acte.

- L'article 27 prévoit, quant à lui, que doivent être autorisés par décret en Conseil d'Etat, pris après avis motivé et publié de la CNIL :

* les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'Etat, d'une personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, qui portent sur des données parmi lesquelles figure le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques ;

* et les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'Etat qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes.

Certains de ces traitements, énumérés à l'article 27, peuvent toutefois être autorisés par arrêté, pris après avis motivé et publié de la CNIL ou, si le traitement est mis en œuvre pour le compte d'un établissement public ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, par décision de l'organe délibérant chargé de leur organisation, pris après avis motivé et publié de la CNIL. C'est notamment le cas des traitements relatifs au recensement de la population.

L'avis de la CNIL est rendu dans un délai de deux mois, renouvelable une fois, à compter de la réception de la demande. L'avis qui n'est pas rendu à l'expiration de ce délai est réputé favorable.

Bien que l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978 ne le précise pas, l'avis de la CNIL doit être publié avec l'acte réglementaire autorisant le traitement.

Dans le régime issu de la loi du 6 janvier 1978, préalablement à sa modification par la loi du 6 août 2004, le pouvoir réglementaire ne pouvait passer outre à un avis défavorable de la CNIL que par décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat. Par ailleurs, sauf à recourir au décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat, il était tenu de prendre en compte les conditions ou réserves dont étaient assortis les avis favorables de la CNIL (CE, 27 juillet 2001, Titran).

Le pouvoir réglementaire peut désormais passer outre à l'avis défavorable de la CNIL, selon le cas, par arrêté ministériel ou par décret en Conseil d'Etat. L'avis de la CNIL doit toutefois être publié en même temps que l'acte réglementaire autorisant le traitement. Et il appartient, le cas échéant, au Conseil d'Etat statuant au contentieux de s'assurer de la légalité de cet acte réglementaire.

3°) Contenu des déclarations, demandes d'autorisation et demandes d'avis adressées à la CNIL

Afin de faciliter le contrôle de la CNIL, l'article 30 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée fixe la liste des informations que doivent contenir les déclarations, demandes d'autorisation et demandes d'avis qui lui sont adressées. Celles-ci doivent préciser :

- l'identité et l'adresse du responsable du traitement ;
- la ou les finalités du traitement ;
- les éventuelles interconnexions ;
- la nature des données traitées, leur origine et les catégories de personnes concernées par le traitement ;
- les destinataires habilités à recevoir communication des données ;
- le ou les services chargés de mettre en œuvre le traitement et les catégories de personnes qui, en raison de leurs fonctions ou pour les besoins du service, ont directement accès aux données enregistrées ;
- la personne ou le service auprès duquel s'exerce le droit d'accès ;
- les dispositions prises pour assurer la sécurité du traitement ;
- le cas échéant, enfin, les transferts envisagés à destination d'un Etat non-membre de la Communauté européenne.

C. Règles de fond

1°) Finalité du traitement automatisé

La ou les finalités du traitement doivent être déterminées, explicites et légitimes. Les données ne pourront être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités.

Par une délibération n°99-024 du 8 avril 1999, la CNIL a ainsi rappelé aux maires qu'ils ne peuvent pas faire usage des informations portées sur les registres d'état civil à des fins de communication personnalisée, notamment à l'occasion de naissances, mariages et décès.

2°) Collecte et traitement des données

- Le principe est qu'un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée. Toutefois, l'article 7 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit qu'il peut notamment être dérogé à ce principe lorsque le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ou à l'exécution d'une mission de service public dont le responsable ou le destinataire du traitement est investi.

Sauf si le traitement intéresse la sûreté de l'Etat, la défense, la sécurité publique, a pour objet l'exécution de condamnations pénales ou de mesures de sûreté ou a pour objet la recherche, la constatation ou la poursuite d'infractions pénales, la personne concernée doit être informée, conformément à l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978, de l'existence et de la finalité du traitement, des services destinataires des données et de l'existence d'un droit d'accès et de rectification.

- Un traitement automatisé ne peut par ailleurs porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes :

*les données doivent être collectées et traitées de manière loyale et licite ;

*elles doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ;

*elles doivent être exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour.

Cette dernière condition imposait, par exemple, de prévoir que les décisions de classement sans suite, non-lieu, relaxe, acquittement ou réhabilitation prises par les autorités judiciaires seraient transmises au gestionnaire du système de traitement des infractions constatées (STIC) - fichier national qui enregistre les informations recueillies par les fonctionnaires de police sur les personnes mises en cause dans des crimes ou délits - afin que les données du fichier puissent être mises à jour voire effacées.

-Le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et empêcher notamment que des tiers non autorisés y aient accès.

Il importe donc de définir précisément les personnes ou catégories de personnes autorisées à enregistrer, modifier ou traiter les données et, pour les traitements les plus sensibles, de prévoir des mesures de sécurité appropriées (habilitation individuelle, délivrance d'un mot de passe personnel, mémorisation des consultations...), voire le contrôle de l'autorité judiciaire.

3°) Nature des données

Les données ou catégories de données enregistrées dans un traitement automatisé doivent être précisément définies.

La loi du 6 janvier 1978 interdit ou réglemente l'enregistrement de certaines d'entre elles.

- Elle prévoit des garanties particulières pour le traitement des données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté. Seules peuvent y procéder les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public, agissant dans le cadre de leurs attributions légales. Il s'agit notamment du casier judiciaire pour l'administration de la justice et du « casier du contribuable » pour l'administration fiscale.

-L'article 8 de la loi interdit par ailleurs de collecter ou de traiter, sauf consentement exprès des intéressés, des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes ainsi que les données relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci.

Le Conseil d'Etat a jugé que les données personnelles collectées par l'INSEE à partir des listes d'émargement de scrutins électoraux et relatives à la participation électorale ou aux abstentions constatées lors de ces scrutins, ne peuvent être regardées comme de nature à faire apparaître, même indirectement, les opinions politiques ou philosophiques des électeurs (CE, 10 mars 2004, Colman).

Il a par ailleurs estimé, à propos du fichier des bénéficiaires des aides réservées aux rapatriés d'Afrique du Nord, qui faisait apparaître indirectement les opinions religieuses des personnes intéressées, « que si, lorsqu'elles demandent le bénéfice d'une de ces aides, ces personnes sont informées de l'incorporation dans un fichier des données fournies, cette circonstance ne saurait tenir lieu de l'accord exprès » prévu par la loi du 6 janvier 1978 (CE, Sect., 5 juin 1987, Kaberseli).

Le même article 8 prévoit qu'il peut être dérogé à l'interdiction de collecter et traiter des données « sensibles » dans un certain nombre de cas limitativement énumérés, notamment lorsque le traitement est nécessaire :

- *à la sauvegarde de la vie de la personne concernée ou d'un tiers ;
- *à la recherche dans le domaine de la santé ;
- * aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements ou de la gestion de services de santé, sous la réserve que le traitement soit mis en œuvre par un membre d'une profession de santé ou une personne soumise à l'obligation de secret professionnel ;

*ou à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice.

Il peut également être dérogé à ce principe pour des motifs d'intérêt public.

La CNIL a ainsi estimé, dans sa délibération n°82-205 du 7 décembre 1982, que la direction centrale des renseignements généraux pouvait collecter des informations sur le « type racial » d'individus, dès lors que ces informations constituaient des éléments de signalement des personnes. De même, les services des renseignements généraux sont autorisés à collecter, conserver et traiter des informations faisant apparaître les activités politiques, philosophiques, religieuses ou syndicales de certaines personnes, ces informations permettant au gouvernement ou à ses représentants d'apprécier la situation politique, économique ou sociale du pays ou de prévoir son évolution (CE, 28 juillet 1995, Confédération générale du travail).

Il faut toutefois que le champ de la dérogation soit limité à ce qui est strictement nécessaire à la réalisation des objectifs d'intérêt public poursuivis.

Dans sa délibération n°00-064 du 19 décembre 2000 relative au système de traitement des infractions constatées (STIC), la CNIL a ainsi demandé que les données à caractère personnel « sensibles » ne puissent être collectées et traitées que si elles résultent de la nature ou des circonstances de l'infraction (la pédophilie pour une infraction pédophile, les opinions politiques ou religieuses pour les infractions terroristes, etc.).

4°) Destinataires des données

Il importe, le cas échéant, de définir précisément et limitativement les destinataires ou catégories de destinataires autorisés à recevoir communication des données enregistrées dans un traitement. La communication, intégrale ou restreinte, des données du traitement à ces personnes doit être justifiée au regard notamment de leur domaine de compétence et de leurs missions.

5°) Conservation des données

La durée de conservation des données ne doit pas excéder la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.

Le projet de décret portant création du système de traitement des infractions constatées (STIC) prévoyait que les données concernant les personnes majeures mises en cause seraient, en principe, conservées 20 ans. Toujours dans sa délibération n°00-064 du 19 décembre 2000, la CNIL a estimé que, pour certaines infractions comme le vol simple, cette durée de conservation n'était pas justifiée par la finalité de recherche et d'identification criminelle et a donc demandé qu'elle soit ramenée à 5 ans.

6°) Droit d'accès et de rectification

Il importe de préciser auprès de quel service s'exerce le droit d'accès et de rectification prévu aux articles 39 et 40 de la loi du 6 janvier 1978.

Lorsque le traitement intéresse la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique, le droit d'accès s'exerce auprès de la CNIL, conformément aux dispositions de l'article 41 de cette loi.

III - Rédaction

Le contenu de l'acte autorisant la création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel est défini à l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978.

Un tel acte réglementaire est, en règle générale, organisé de la façon suivante (exemples inspirés du décret n°99-1090 du 21 décembre 1999 créant le traitement automatisé relatif au pacte civil de solidarité).

- l'article 1er identifie le ou les services autorisés à mettre en œuvre le traitement, définit l'objet de ce traitement et en précise, éventuellement, la dénomination

Ex : « Est autorisée la mise en œuvre, par les greffes des tribunaux d'instance et le greffe du tribunal de grande instance de Paris ainsi que par les agents diplomatiques et consulaires français, d'un traitement automatisé des registres sur lesquels sont inscrites les mentions relatives à la déclaration, à la modification et à la dissolution du pacte civil de solidarité »

- l'article suivant précise la ou les finalités de ce traitement

Ex : « Le traitement automatisé a pour finalité d'assurer :
1° la gestion de l'enregistrement et de la conservation des informations relatives à la déclaration, à la modification et à la dissolution du pacte civil de solidarité ;
2° l'élaboration de statistiques. »

- un article définit les catégories d'informations enregistrées dans le traitement

Ex : « Les catégories de données enregistrées sont les suivantes :

1° nom et prénom, date et lieu de naissance des deux personnes liées par un pacte civil de solidarité ;

2° date et lieu d'inscription conférant date certaine au pacte civil de solidarité ;

3° numéro d'enregistrement de l'inscription. »

- un article définit les personnes habilitées à enregistrer, modifier ou traiter les données

Ex : « Sont seuls habilités à enregistrer, conserver, modifier ou traiter les données incluses dans le traitement automatisé, dans les limites de leurs missions et de leurs compétence territoriale, les fonctionnaires des greffes des tribunaux d'instance et du greffe du tribunal de grande instance de Paris ainsi que les agents diplomatiques et consulaires français. »

- un article définit les personnes pouvant obtenir communication de tout ou partie de ces données

Ex : « Peuvent obtenir communication, à leur demande, des données du traitement :

1° les personnes signataires du pacte civil de solidarité ;

2° l'autorité judiciaire pour l'exercice du droit d'action du ministère public et pour les besoins des procédures judiciaires ;

3° Les notaires pour les besoins des règlements successoraux ;

4° L'administration fiscale pour l'exercice du droit de communication prévu par l'article L. 83 du livre des procédures fiscales. »

- un article précise le ou les services auprès desquels s'exercent le droit d'accès et de rectification

Ex : « Le droit d'accès et de rectification prévu aux articles 39 et 40 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée s'exerce auprès du chef de greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel les personnes ayant conclu un pacte civil de solidarité ont fixé initialement leur résidence commune. »

- un article définit la durée de conservation des données

Ex : « Les données sont conservées pendant une durée de trente ans à compter de la date à laquelle prend fin le pacte civil de solidarité par lequel est lié l'intéressé. »

- enfin, des articles prévoient, le cas échéant, que l'interconnexion du fichier avec d'autres fichiers est interdite, que le droit d'opposition prévu à l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée ne s'applique pas au traitement, qu'il est dérogé au droit d'information en application du V de l'article 32, etc.

Il n'est pas nécessaire de rappeler que le traitement est mis en œuvre dans les conditions fixées par la loi du 6 janvier 1978, une telle disposition allant de soi.

IV - Textes

A. Textes applicables

Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (convention n°108).

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée notamment par la loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

Décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005

B. Exemples de textes instaurant des traitements automatisés

Décret n°91-1052 du 14 octobre 1991 relatif au fichier informatisé du terrorisme mis en œuvre par les services des renseignements généraux du ministère de l'intérieur.

Décret n°99-1090 du 21 décembre 1999 relatif aux conditions dans lesquelles sont traités et conservées les informations relatives à la formation, la modification et la dissolution du pacte civil de solidarité et autorisant la création à cet effet d'un traitement automatisé des registres.

Décret n°2001-583 du 5 juillet 2001 portant création du système de traitement des infractions constatées.

Décret n°2002-1478 du 19 décembre 2002 portant création de fichiers automatisés d'informations nominatives pour assurer, d'une part, l'instruction des dossiers d'indemnisation présentés en application du décret n°99-778 du 10 septembre 1999 et, d'autre part, le paiement des indemnités.

FICHE 5.2.10

STATUTS et REMUNERATIONS DES PERSONNELS DE L'ÉTAT

I. Statuts de corps

A. Niveau des textes

En vertu de l'article 8 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, les statuts particuliers des fonctionnaires de l'État sont fixés par des décrets en Conseil d'État. Lorsqu'ils concernent des corps donnant accès à des emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres, ces décrets sont, en outre, délibérés en conseil des ministres ; cette règle s'applique également dans le cas où certaines nominations seulement relèvent d'un décret en conseil des ministres, par exemples celles prononcées au tour extérieur.

Le décret en Conseil d'État portant statut particulier renvoie généralement à un arrêté interministériel du ministre intéressé et du ministre chargé de la fonction publique le soin de définir la nature et le programme des épreuves des concours tandis que l'organisation de ces concours et la composition des jurys sont fixées par arrêté du ministre intéressé, gestionnaire du corps.

Le classement indiciaire du ou des grades constituant le corps est effectué par une modification de l'annexe du décret n° 48-1108 du 10 juillet 1948, qui est un décret simple. La fixation des indices attachés aux différents échelons de chaque grade est déterminée par arrêté interministériel des ministres chargés du budget et de la fonction publique et du ministre intéressé. On se référera sur ces questions à la circulaire du 1^{er} octobre 1999 relative à l'élaboration et à la publicité des textes relatifs à la rémunération des fonctionnaires (JO. du 20 octobre 1999).

B. Consultations obligatoires

1°) Cas général

- En vertu des dispositions de l'article 14 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires, ces instances doivent être obligatoirement consultées sur les règles statutaires régissant les personnels.

Le comité technique paritaire ministériel est seul compétent concernant les statuts des personnels « affectés dans les services placés sous l'autorité du ministre auprès duquel il est institué ».

Le comité technique central de l'établissement public est seul compétent en ce qui concerne les statuts des personnels de l'établissement.

Cette compétence exclusive de l'un ou l'autre CTP ne fait cependant pas obstacle à ce que soit recueilli par ailleurs l'avis d'autres instances dont la consultation est requise en vertu de textes particuliers.

- La détermination du comité technique paritaire intéressé par une réforme statutaire peut parfois s'avérer délicate. Il y a lieu de s'inspirer des principes suivants :

*le projet ouvrant un corps de fonctionnaires à d'autres corps n'a à être soumis qu'au seul comité technique paritaire ministériel du ministère dont relève le corps d'accueil, il en est de même d'un texte intégrant dans un corps ministériel des agents non titulaires relevant d'un autre ministère ;

* la circonstance qu'un ministère soit associé à certaines décisions concernant un corps géré par un autre ministère ne justifie pas que soit consulté le comité technique paritaire ministériel placé auprès du ministre associé ;

*un comité technique paritaire interministériel ne doit être consulté que lorsque le projet intéresse un corps relevant des services communs des ministères intéressés ;

*un projet portant statut d'un corps de personnel propre à un établissement public doit être soumis à l'avis du seul comité technique paritaire de l'établissement ;

*la circonstance que des personnels d'un corps aient vocation à servir en situation normale d'activité, tant dans les services d'un ministère que dans les établissements publics en dépendant, ne change pas la nature du corps ; celui-ci relève, en principe, du ministre et, par suite, c'est le comité technique paritaire placé auprès de ce ministre qui est seul compétent.

- Il est rappelé que :

*lorsqu'ils délibèrent en matière statutaire, les comités techniques paritaires doivent entendre deux représentants du personnel à la commission administrative paritaire du corps intéressé (article 30 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982) ;

*l'avis du comité technique paritaire, s'il peut être recueilli sur un projet de texte précis, n'est requis que sur « les questions relatives à l'élaboration ou à la modification des règles statutaires régissant les personnels » (article 14 du même décret).

Il suit de là que l'administration n'est nullement liée par les formulations qui auraient pu être soumises au CTP ou adoptées par celui-ci.

En cas de modification ultérieure, la seule condition de légalité externe est que la ou les questions posées ou révélées par cette modification puissent être regardées comme ayant été soumise au comité technique paritaire (Conseil d'État, Ass., 23 octobre 1998, Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilés). A défaut, il y a lieu de procéder à une nouvelle consultation.

2°) Cas particuliers

La compétence consultative de droit commun reconnue en matière statutaire aux comités techniques paritaires doit être combinée avec les compétences attribuées, dans ce domaine, au conseil supérieur de la fonction publique de l'État.

- Le conseil supérieur de la fonction publique (commission des statuts) est tout d'abord compétent en vertu des articles 2 et 13 du décret n° 82-450 du 28 mai 1982 pour connaître, en lieu et place des CTP, des projets de décret concernant des corps interministériels ou à vocation interministérielle relevant du Premier ministre ou des projets de décret comportant

des dispositions de nature statutaire communes à plusieurs corps de fonctionnaires de l'État. Toutefois, dans ce dernier cas, il n'y a pas lieu à consultation du conseil supérieur lorsque le projet, bien que portant sur plusieurs corps, intéresse un seul comité technique paritaire de ministère ou d'établissement public. Ce comité technique paritaire est alors seul compétent.

- Le conseil supérieur, en formation plénière, est également consulté, en vertu des dispositions de l'article 10 de la loi du 11 janvier 1984 et des articles 2 et 13 du décret n° 82-450 du 28 mai 1982, sur les dérogations au statut général susceptibles d'être introduites dans les statuts de certains corps (corps recrutés par la voie de l'ENA, corps enseignants et de recherche, corps techniques) pour tenir compte des besoins propres de ces corps et de leurs missions.

Dans cette hypothèse, la consultation du conseil supérieur, dont l'avis est recueilli sur les seules dispositions dérogatoires, ne se substitue pas à celle du comité technique paritaire compétent, qui doit être consulté en vertu de l'article 14 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 sur toutes les questions relatives à l'élaboration ou à la modification du statut en cause.

- Le conseil supérieur doit être également consulté lorsqu'un projet de décret statutaire déroge à des dispositions horizontales des décrets d'application du statut général (par exemple en matière de notation, d'évaluation et d'avancement comme le prévoit l'article 1^{er} du décret n° 2002-682 du 29 avril 2002, ou en ce qui concerne l'organisation des CTP ministériels).

C. Rédaction

Sous réserve d'adaptations jugées nécessaires ou opportunes pour tenir compte de la situation propre du corps intéressé, un décret portant statut particulier d'un corps doit s'attacher à définir l'ensemble des règles régissant la mission, la structure de recrutement et la carrière des membres du corps.

Les exemples et observations qui suivent n'ont pas pour ambition d'édicter un statut-type mais visent seulement à proposer un cadre pouvant, en tant que de besoin, servir de guide méthodologique.

Titre Ier

Dispositions générales

Ce titre doit permettre, en quelques articles, de définir la mission du corps, son rattachement administratif, son classement hiérarchique et son architecture interne.

Exemple :

« Article : Il est créé un corps des

Ce corps est classé dans la catégorie (A, B ou C) prévue à l'article 29 de la loi du 11 janvier 1984 susvisée.

Article : Le corps des est placé sous l'autorité du ministre (ou : le corps des est un corps à caractère interministériel dont la gestion est assurée par le ministre de). Il est chargé d'exercer, de contribuer, de contrôler

Les membres du corps ont vocation à exercer leurs fonctions dans les services du ministère de ainsi que dans les établissements publics en relevant. Ils peuvent également servir en position normale d'activité dans les administrations de l'État qui

Article : Le corps des comprend grades :

1°) le grade qui comprend échelons

2°) le grade qui comprend échelons ».

N.B : Lorsque le corps comporte des particularités structurelles, le titre Ier doit impérativement en définir la nature :

- existence et définition des filières, branches, domaines ou spécialités ; conséquences dans l'organisation des recrutements de la formation continue et des carrières ; existence éventuelle de commissions de filière, de branche, de spécialité ou de domaine, intervenant préalablement aux commissions administratives paritaires ;
- définition des missions particulières dévolues à certains grades ;
- existence de commissions administratives paritaires ministérielles et d'une commission administrative paritaire interministérielle dans le cas de corps interministériels ;

Titre II

Recrutement

Ce titre définit les modalités de sélection, de formation, de titularisation et de nomination des membres du corps

Exemple :

« Article : Les.....sont recrutés par concours, par examen professionnel et par voie d'inscription sur une liste d'aptitude.

1°) Pour x% des emplois à pourvoir un concours externe est ouvert aux candidats, âgés de ... ans au plus et titulaires de laou de l'un des titres ou diplômes dont la liste est fixée par arrêté conjoint du ministre chargé deet du ministre chargé de la fonction publique.

2°) Pour y% des emplois à pourvoir, un concours interne est ouvert aux fonctionnaires et agents publics de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics qui en dépendent, comptant ...années de services publics.

3°) Pour t% des emplois à pourvoir, un examen professionnel est ouvert aux fonctionnaires des corps de ...de ... et de ... justifiant de x années de services publics dont y années de services effectifs dans l'un ou l'autre de ces corps.

4°) Pour z% des emplois à pourvoir un recrutement au choix est proposé aux fonctionnaires du corpset du corpsjustifiant, dans leur corps, de x années de services effectifs, âgés de plus de ... ans et figurant sur une liste d'aptitude établie après avis de la commission administrative paritaire du corps des(corps d'accueil).

Les conditions de diplôme, d'âge et de durée de services sont appréciées au 1^{er} janvier de l'année durant laquelle le concours et l'examen sont organisés et pour laquelle la liste d'aptitude est établie ».

N.B : En vertu de l'article 26 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, lorsque les deux voies de l'examen professionnel et de la liste d'aptitude sont mises en place simultanément par un statut particulier, elles doivent bénéficier à des agents placés dans des situations différentes.

« Article : Les places offertes au titre de l'un des concours mentionnés à l'article 4 qui ne sont pas pourvus peuvent être attribuées aux candidats de l'autre concours.

Article : Des arrêtés conjoints du ministre chargé deet du ministre chargé de la fonction publique déterminent les règles d'organisation générale ainsi que la nature et le programme des épreuves des concours et de l'examen professionnel.

Les conditions d'organisation des concours et la composition du jury sont fixées par arrêté du ministre chargé de

Article : Les candidats reçus au concours externe sont nommésstagiaires et classés à l'échelon de début du premier grade.

Les candidats reçus au concours interne sont nommésstagiaires et classés à l'échelon du premier grade qui

La durée du stage est de x mois. Au cours de ce stage, les stagiaires reçoivent une formation professionnelle dont la durée est x mois et dont les modalités sont fixées par arrêté du ministre chargé de

A l'expiration du stage, les stagiaires dont les services ont donné satisfaction sont titularisés.

Le stage peut, à titre exceptionnel, être prolongé d'une durée maximale de ...mois. A l'issue de cette prolongation, les stagiaires sont soit titularisés, soit licenciés, soit réintégrés dans leur corps ou cadre d'emplois d'origine.

Article : Les nominations dans le corps sont prononcées par (décret... arrêté du).

Les agents recrutés par la voie du concours externe sont, à l'issue du stage, classés à l'échelon du premier grade.

Les agents recrutés par la voie sont classés à l'échelon du premier grade qui ».

Titre III

Avancement

Ce titre définit les conditions d'avancement d'échelon et de grade.

Exemple :

« Article : La durée moyenne et la durée minimale de séjour dans chacun des échelons des différents grades sont fixées ainsi qu'il suit : ».

Article : Peuvent être promus au (grade d'avancement), aux choix, par voie d'inscription à un tableau d'avancement lesayant atteint depuis au moins ... ans le ...e échelon de leur grade et justifiant de ...ans de service en position d'activité ou de détachement ».

ou

« Peuvent être promus au (grade d'avancement) :

1°) au choix, à raison de x% des emplois à pourvoir, les titulaires du (1er grade) inscrits au tableau d'avancement, détenant au moins le ...e échelon du grade ;

2°) par la voie d'un concours sur épreuves professionnelles, dont les modalités sont fixées par arrêté conjoint du ministre chargé de ... et du ministre chargé de la fonction publique, les titulaires du (1^{er} grade) justifiant en cette qualité de ... années de services effectifs ».

Article : Les nominations dans le grade (d'avancement) sont prononcées par arrêté du ... ».

Article : Les ... promus ... sont classés dans leur nouveau grade conformément au tableau ci-dessous :

Situation ancienne
dans le grade de....

Situation nouvelle
dans le grade (d'avancement)

... échelon

...échelon (avec ou sans ancienneté)

Titre IV

Dispositions **diverses**

Ce titre définit, s'il y a lieu, les règles applicables au détachement dans le corps (détermination des corps, cadres ou emplois de fonctionnaires à partir desquels un détachement dans le corps peut être prononcé ; définition des modalités de classement dans le corps d'accueil ainsi que des règles d'intégration ...) et, éventuellement celles relatives au détachement ou à la mise en disponibilité des membres du corps (plafonnement par rapport à l'effectif).

Il peut comporter également des dispositions particulières telles que l'ouverture de droits individuels à la formation.

Titre V

Dispositions **transitoires et** **finales**

Ce titre définit, en cas de réforme statutaire les modalités de classement et de reprise d'ancienneté dans le corps. Il fixe, le cas échéant, la procédure d'intégration, les modalités d'intervention d'une commission spéciale d'intégration ainsi que sa composition et les règles d'assimilation des services accomplis antérieurement.

Lorsqu'il y a lieu de prévoir une date d'entrée en vigueur du nouveau statut ou de la réforme statutaire, celle-ci ne peut, sauf dispositions législatives contraires, comporter d'effet rétroactif.

Il convient pour la même raison de veiller à ce que la fixation, au stade du projet de cette date d'entrée en vigueur soit compatible avec un calendrier réaliste d'adoption du texte incluant les différentes phases (examen par le Conseil d'État, recueil des contreseings) préalables à la publication.

D. Questions particulières relatives à l'accès des ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen

- Les principes régissant l'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord de l'Espace économique européen sont définis aux articles 5 bis, 5 ter et 5 quater de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Les conditions de leur mise en œuvre, éclairées par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, ont fait l'objet d'un avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État en date du 31 janvier 2002 (Conseil d'État, Études et documents n° 54, rapport public 2003, p. 185).

- L'ouverture des corps est prévue par les statuts particuliers de ces corps ou par des décrets portant dispositions statutaires communes (voir par exemple le décret n° 2003-20 du 6 janvier 2003).

- Les règles régissant le classement et l'avancement des fonctionnaires ressortissants de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen sont fixées par le décret n° 2002-1294 du 24 octobre 2002.

II. Statuts d'emplois

- Aux termes de l'article 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et délégations des fonctionnaires « le grade est distinct de l'emploi ». Il s'ensuit que le fonctionnaire n'est pas titulaire de son emploi et que le chef de service, qui dispose des emplois procède librement aux affectations, sous réserve bien entendu, de respecter les règles statutaires relatives aux mutations, les garanties dégagées par la jurisprudence administrative ainsi que les textes régissant l'organisation du service.

La définition du contenu fonctionnel des emplois et la désignation des fonctionnaires chargés de les occuper relèvent donc de la responsabilité des chefs de service.

Il est loisible cependant à l'autorité administrative de définir des conditions de nomination dans certains emplois et de doter ces emplois d'indices propres pour tenir compte de caractéristiques particulières les distinguant des emplois auxquels les titulaires des grades correspondants ont normalement vocation à accéder. La détermination de ces règles revient à créer un « statut d'emploi », auquel les fonctionnaires titulaires accèdent par la voie du détachement.

- Cette assimilation ne doit pas cependant abuser : un statut d'emploi est une mesure d'organisation du service et non un « statut particulier » au sens des articles 8 et 15 de la loi n° 84.16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat. Dès lors et sauf si le statut d'emploi comporte une disposition ayant pour objet ou pour effet de modifier une règle fixée par un statut particulier, il n'y a pas lieu de suivre les formalités de consultation applicables aux projets de décret portant statut de corps.

La seule consultation obligatoire pour un statut d'emploi est celle du comité technique paritaire compétent pour l'organisation de l'administration où sera placé l'emploi considéré (articles 12, 13 et 14 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 relatif aux comités techniques paritaires ministériels) ou, lorsqu'il s'agit d'un emploi commun à l'ensemble des administrations, celle du conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat (article 2 du décret n° 82-450 du 28 mai 1982 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat).

Il est d'usage d'instituer les statuts d'emploi par décret en Conseil d'Etat.

- Le décret portant statut d'emploi définit :

- le contenu fonctionnel de l'emploi, c'est-à-dire la mission qui lui est attachée ;
- le nombre d'échelons et la durée du passage dans les échelons ;
- les grades des corps dont les titulaires ont vocation à occuper l'emploi ;
- les modalités de nomination et de classement dans l'emploi ainsi que, le cas échéant, les limites de durée d'occupation de l'emploi.

Le décret peut, en tant que de besoin, renvoyer à un arrêté du ministre, chef de service, le soin de fixer la liste des emplois en cause.

- Le classement indiciaire de l'emploi est effectué par une modification de l'annexe du décret n° 48-1108 du 10 juillet 1948 et les indices attachés aux échelons sera déterminés par arrêté des ministres chargés du budget et de la fonction publique et du ministre chargé de l'administration dont relève l'emploi.

III. Primes et indemnités

On se référera sur ce point à la circulaire du 1^{er} octobre 1999 relative à l'élaboration et à la publication des textes relatifs à la rémunération des fonctionnaires, publiée au Journal officiel du 20 octobre 1999.

- La fixation des régimes indemnitaires des fonctionnaires ne peut résulter que d'un texte législatif ou réglementaire (article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), lequel doit impérativement faire l'objet d'une publication régulière. Sauf cas très particulier, la compétence est réglementaire et s'exerce par un décret et par un arrêté.

Le décret définit les grandes lignes du régime indemnitaire (objet : mérite, rendement, productivité, sujétions... ; taux maximum) ainsi que l'économie du dispositif (modulation ou caractère forfaitaire ; règles de modulation par grades ou par fonctions...). Ces règles, qui conditionnent les droits des fonctionnaires à bénéficier ou non de l'indemnité, doivent être précisément définies.

Le décret est contresigné par le ministre dont relèvent le ou les corps intéressés, le ministre chargé de la fonction publique et le ministre chargé du budget. Il s'agit d'un décret simple, comme le précise l'article 4 du décret n° 48-1108 du 10 juillet 1948. Le Conseil d'État a jugé qu'il résulte de cet article, modifié en 1974, que peuvent être abrogés ou modifiés par décret du Premier ministre des décrets indemnitaires initialement délibérés en conseil des ministres (9 septembre 1999, *Ministre de la défense contre Collas et autres*).

Les modalités d'application sont renvoyées à un arrêté interministériel mais le décret doit s'attacher à encadrer la délégation à l'arrêté, c'est-à-dire, si nécessaire, préciser les plafonds, les fourchettes de taux et les critères que devra respecter ce dernier.

L'arrêté interministériel, également signé par les trois ministres mentionnés ci-dessus, doit veiller à épuiser la compétence réglementaire c'est-à-dire que le cadre juridique de la prime ou de l'indemnité devra être entièrement défini à ce niveau. Exceptionnellement pourra être prévue l'intervention d'un arrêté ministériel pour préciser telle ou telle disposition, (détail de certains taux, calendrier de versement...) mais cette subdélégation devra elle-même être suffisamment encadrée par l'arrêté interministériel.

- En matière indemnitaire le seul chef de consultation obligatoire est celui prévu au 6° de l'article 12 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 (obligation de soumettre au comité technique paritaire ministériel les questions et projets de texte relatifs « aux critères de répartition des primes de rendement »). Il convient donc de veiller à ce que les projets de décret ou d'arrêté fixant les critères de répartition d'une prime de rendement (ou d'une indemnité qui pourrait être requalifiée comme telle par le juge) soient soumis préalablement au comité technique paritaire ministériel compétent.

Bien entendu, en dehors de ce cas, il est loisible aux ministres de décider de consulter les comités techniques paritaires ministériels sur les textes indemnitaires en préparation dans les services.

INDEX

	fiche	page
Abréviations	3.3.1	
Abrogation	3.8.3	
	place des	3.4.1
Accords et traités	4.1.1	
	entrée en vigueur	4.1.1
	publication	4.1.1
Administration centrale (textes d'organisation)	5.2.1	
Alinéa	3.2.2	
Alsace-Moselle (régime législatif et réglementaire)	3.7.1	
Amendements	information du SGG	2.2.4
	recevabilité	2.2.4
Annexes d'un texte législatif ou réglementaire	3.2.3	
Application dans le temps (voir aussi entrée en vigueur)	1.2.2	
Application dans l'espace (voir aussi Outre-mer, Alsace-moselle, Corse)	1.2.3	
Arrêté	1.3.6	
	cabinet ministériel	4.2.3
	de délégation de signature	3.9.3
	de nomination	4.2.2
	intitulé	3.1.3
	note de présentation d'un	2.1.3
	plan	3.2.1
	renvoi à un	3.5.1
	visas	3.1.5
Article	3.2.2	
Article d'exécution	décret du Premier ministre	3.9.2
	décret du Président de la République	3.9.1
Au sens de	3.3.2	
Autorisation administrative	règles de création d'une régime de	5.2.5
Avis (d'un organisme consultatif)	2.1.2	
Avis conforme	2.1.2	
Avis du conseil d'Etat	2.1.2	
Bulletin(s) officiel(s) (publication d'un texte)	2.1.5	
Cabinet ministériel (nomination)	4.2.3	
Calendrier	des décrets d'application d'une loi	2.2.7
	des décrets d'application d'une	
	ordonnance	2.3.6
Calendrier prévisionnel (Projet d'ordonnance)	2.3.7	
Calendrier prévisionnel (Projet de loi)	2.2.9	
Cavalier budgétaire	1.3.4	
Cavalier social	1.3.5	
Chapitre	Codification	1.4.2
	Division d'un texte	3.2.2
Circulaires	1.3.7	

Code pilote		1.4.2
		3.4.2
Code suiveur		1.4.2
		3.4.2
Codification (considérations générales)		1.4.2
Commissaires du Gouvernement	devant le Conseil d'Etat	2.1.1
	devant le Parlement	2.2.4
Commission nationale de l'Informatique et des libertés		5.2.9
Conseil constitutionnel	contrôle de constitutionnalité	2.2.5
	Décret de l'article 37 (second alinéa) de la Constitution	2.4.5
Conseil d'État	avis sur une question de droit	2.1.2
	consultation (projet de décret de l'article 37(second alinéa) de la Constitution)	2.4.5
	consultation (projet de décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres)	2.4.4
	consultation (projet de décret en Conseil d'Etat)	2.4.2
	consultation (projet de loi)	2.2.2
	consultation (projet d'ordonnance)	2.3.2
	consultation (synthèse)	2.1.2
	Formations consultatives	2.1.1
	Secret des avis du	2.1.2
Conseil économique et social	consultation	2.1.2
Constitution	Article 10	2.2.6
	Article 13	4.2.1
	Article 19	3.9.1
	Article 22	3.9.2
	Article 34	1.3.2
	Article 37	1.3.2
	Article 37 (second alinéa)	2.4.5
	Article 39	2.2.3
	Article 53	4.1.1
	Article 61	2.2.5
	Article 74-1	3.6.1
	Article 88-4	4.1.2
Consultations préalables		2.1.2
	de la Commission européenne	2.1.2
	du Conseil d'Etat (avis sur une question de droit)	2.1.2
	du Conseil d'Etat (textes)	2.1.2
	du Conseil Economique et Social	2.1.2
	facultative	2.1.2
	obligatoire	2.1.2
	Corse	3.7.2
	création d'un organisme consultatif	5.2.2
	départements et régions d'outre-mer	3.6.2
	Mayotte	3.6.4
	Nouvelle-Calédonie	3.6.8
	Polynésie-Française	3.6.5
	Saint-Pierre-et-Miquelon	3.6.3
	Terres australes et antarctiques françaises (TAAF)	3.6.7
	textes relatifs à l'Outre-mer	3.6.1
	Wallis-et-Futuna	3.6.6

Contreseing (procédure)	2.1.3
accélééré	2.1.3
des décrets d'application d'une loi	2.2.7
secrétariat général du Gouvernement (rôle du)	2.1.3
simultané	2.1.3
Contreseing	
actes du Premier ministre	3.9.2
actes du Président de la république	3.9.1
en cas d'intérim	3.9.4
Loi	3.9.1
Ministre délégué	3.9.2
Ordonnances	3.9.1
Secrétaire d'Etat	3.9.2
textes relatifs à l'Outre-mer	3.6.1
Contreseing	
Contreseing	
Convention (renvoi à une convention pour l'application d'un texte)	3.5.2
Corse (Applicabilité et application des textes)	3.7.2
Date (des textes)	2.1.4
Déclaration administrative	5.2.5
Décret	
après avis du Conseil d'Etat	1.3.3
article d'exécution (décret du Premier ministre)	3.9.2
article d'application (décret du Président de la République)	3.9.1
de délégation de signature	3.9.3
de nomination	4.2.2
différentes catégories de	1.3.3
intitulé	3.1.3
plan	3.2.1
Rapport de présentation d'un	3.1.2
renvoi à un	3.5.1
visas	3.1.5
Décrets d'attribution des ministres	3.9.3
Décret de commissaire du Gouvernement (au Parlement)	2.2.4
Décret de l'article 37 (second alinéa) de la Constitution	2.4.5
Décret du Premier ministre	3.9.2
Décret du Président de la République	3.9.1
Décret en conseil des ministres	3.9.1
Décret en Conseil d'Etat	2.1.3
Définition	1.3.3
Etapes de l'élaboration d'un	2.4.3
Définition	1.3.3
Etapes de l'élaboration d'un	2.4.2
renvoi à un	3.5.1
Décret en Conseil d'Etat et conseil des ministres	2.4.4
Décret simple	1.3.3
Etapes de l'élaboration d'un	2.4.1
Délégations de signature	3.9.3
Départements d'Outre-mer (régime législatif et réglementaire)	3.6.2
Directives (administratives)	1.3.7
Directives (communautaires)	
transposition	4.1.3
d'établissements et entreprises publics	4.2.4
Dirigeants	
Dispositions transitoires (voir aussi entrée en vigueur)	1.2.2
place des	3.4.1

Division	des textes	3.2.2
<i>Droit local (Alsace-Moselle)</i>		3.7.1
Efficacité d'un texte		1.1.3
Entrée en vigueur		1.2.2
	abrogation	3.8.3
	accords et traités	4.1.1
	application aux situations en cours	3.8.2
	différée	3.8.1
	immédiate	2.1.4
	immédiate	3.8.1
	publication au Journal officiel	2.1.4
	publication au(x) Bulletin(s) officiel(s)	2.1.5
	rétroactive	3.8.1
	techniques	3.8.1
Entreprises publiques	nomination des dirigeants	4.2.4
Etablissements publics	nomination des dirigeants	4.2.4
	principaux textes applicables aux	5.2.3
	règles constitutives	5.2.3
	règles de création	5.2.3
Etude d'impact	principes	1.1.2
	transposition des actes communautaires	4.1.2
Etude d'options		1.1.1
Exécution immédiate		2.1.4
		3.8.1
Expérimentation		1.2.3
Exposé des motifs (d'un projet de loi)		3.1.1
Féminisation (des noms de métier, fonctions, grade ou titre)		3.3.1
Groupements d'intérêts publics	liste des	5.2.4
	règles de création	5.2.4
Hiérarchie des normes (voir aussi différentes catégories de décrets)		1.3.1
Iles éparses et Clipperton		3.6.9
Incompétence négative		1.2.1
insertion (techniques d'insertion dans un texte)		3.4.1
Instructions		1.3.7
Intérim	des dirigeants d'établissements ou entreprises publics	4.2.4
	des ministres	3.9.4
	directeur d'administration centrale	4.2.1
Intitulé	des textes	3.1.3
	des textes de transposition d'actes communautaires	4.1.3
Journal officiel (publication au)		2.1.4
Langue		3.3.1
<i>Le cas échéant</i>		3.3.2
<i>le reste sans changement</i>		3.4.1
Légifrance		1.4.1
Législation par référence		3.4.2
Locutions juridiques		3.3.2
Loi	calendrier prévisionnel	2.2.9
	contreseing (décret de promulgation)	3.9.1

	contrôle de constitutionnalité	2.2.5
	domaine de la	1.3.2
	promulgation	2.2.6
	publication	2.2.6
	textes d'application	2.2.7
Loi autorisant l'approbation ou la ratification d'un accord international		4.1.1
Loi de financement de la sécurité sociale		1.3.5
	Particularités de procédure	2.2.8
Loi de finances		1.3.4
	Particularités de procédure	2.2.8
	consultation du Conseil Economique et social	2.1.2
Loi de programme	Particularités de procédure	2.2.8
Loi de ratification (article 38 de la Constitution)		2.2.8
Loi d'habilitation (article 38 de la Constitution)		2.2.8
Loi organique	Articles de la Constitution y renvoyant	5.1.2
	Particularités de procédure	2.2.8
Mayotte (régime législatif et réglementaire)		3.6.4
Mesures nominatives et individuelles		4.2.1
	cabinet ministériel	4.2.3
	contenu et présentation	4.2.2
	règles de fond	4.2.1
	relevant des ministres	4.2.1
	relevant du Premier ministre	4.2.1
	relevant du Président de la République	4.2.1
Ministre	<i>chargé de</i>	3.3.2
	<i>chargé de l'exécution</i>	3.9.2
	délégué (contreseing)	3.9.2
	intérim	3.9.4
	rapporteur (décret ou ordonnance)	3.1.4
	<i>responsable</i>	3.9.1
Modification (techniques de modification d'un texte)		3.4.1
Nominations (voir mesures nominatives et individuelles)		4.2.1
Nonobstant		3.3.2
Non-rétroactivité		1.2.2
Notamment		3.3.2
Nouvelle-Calédonie (régime législatif et réglementaire)		3.6.8
Numéro NOR		2.1.3
Numérotation d'un texte		3.4.1
Ordonnance	adaptation et extension d'un texte à l'outre-mer par (article 74-1)	3.6.1
	calendrier prévisionnel	2.3.7
	Conseil des ministres	2.3.3
	discussions interministérielles	2.3.1
	intitulé	3.1.3
	plan	3.2.1
	publication au Journal officiel	2.3.4
	Rapport de présentation d'une ratification	3.1.2
		2.3.5
	Saisine du Conseil d'Etat	2.3.2
	Signature	2.3.4
	textes d'application	2.3.6

	textes d'application	3.5.1
	Visas	3.1.5
Organisme consultatif	règles de création	5.2.2
Outre-mer	Considérations générales	1.2.3
	départements et régions d'outre-mer	3.6.2
	Elaboration et contreseing des textes relatifs à l'	3.6.1
	Iles éparses et Clipperton	3.6.9
	Mayotte	3.6.4
	Nouvelle-Calédonie	3.6.8
	Polynésie-Française	3.6.5
	Saint-Pierre-et-Miquelon	3.6.3
	Terres australes et antarctiques françaises (TAAF)	3.6.7
	Wallis-et-Futuna	3.6.6
Par dérogation		3.3.2
Paragraphe		3.2.2
Parlementaires	nominations dans les organes dirigeants des établissements et entreprises publics	4.2.4
Parties (division en)	codification	1.4.2
	Modification des textes	3.2.2
Plan (des textes)		3.2.1
Polynésie-Française (régime législatif et réglementaire)		3.6.5
Ponctuation		3.3.1
précité(e)		3.3.2
Premier ministre (signature et contreseings des actes)		3.9.2
Président de la République (signature et contreseings des actes)	actes du	3.9.1
Primes ou indemnités (fonction publique)		5.2.10
Principes généraux du droit		1.3.1
Projet de loi	amendements	2.2.4
	autorisant la ratification ou l'approbation d'un accord international	4.1.1
	Conseil des ministres	2.2.3
	décret de présentation	2.2.4
	discussions interministérielles	2.2.1
	exposé des motifs	3.1.1
	intitulé	3.1.3
	lettre rectificative	2.2.1
	plan	3.2.1
	procédure parlementaire	2.2.4
	saisine du Conseil d'Etat	2.2.1
Projet de loi organique		2.2.8
Publication	par extraits	2.1.3
Publication des textes (entrée en vigueur)		3.8.1
Publication des textes au Journal officiel		2.1.4
	sous forme électronique	2.1.4
	urgence	2.1.4
Publication des textes aux bulletins officiels		2.1.5
Rapport de présentation (d'un projet d'ordonnance, de décret ou d'arrêté)		3.1.2
	publication au Journal officiel	3.1.2
Rapports au Parlement		2.2.4

Rapports sur l'application des lois votées		2.2.7
Redevance pour service rendu (règles de création)		5.2.8
Régions d'Outre-mer (régime législatif et réglementaire)		3.6.2
Règlement	domaine du	1.3.2
Règlement d'administration publique		1.3.3
Règles de création	d'un établissements public	5.2.3
	d'un groupement d'intérêt public	5.2.4
	d'un organisme consultatif	5.2.2
	d'un régime d'autorisation ou de déclaration	5.2.5
	primes ou indemnités (fonction publique)	5.2.10
	redevance pour service rendu	5.2.8
	statut d'emploi de fonctionnaire	5.2.10
	statut particulier de fonctionnaire	5.2.10
	taxe fiscale	5.2.7
	traitement informatisé de données	5.2.9
Renvoi	d'un décret à un arrêté	3.5.3
	par un texte à un autre texte	3.4.2
	textes d'application	3.5.1
Saint-Pierre-et-Miquelon (régime législatif et réglementaire)		3.6.3
Sanctions administratives		5.2.6
Sanctions pénales		5.2.6
	consultation du ministère de la justice	5.2.6
Sans préjudice		3.3.2
Sauf dispositions contraires		3.4.2
Secrétaire d'Etat	Contreseing	3.9.2
Secrétariat général du Gouvernement	Conseil des ministres	2.1.1
	Rôle dans le recueil des contreseings	2.1.1
	Saisine du Conseil d'Etat	2.1.1
Section (division en)	codification	1.4.2
	Modification des textes	3.2.2
Services à compétence nationale (textes d'organisation)		5.2.1
Services déconcentrés (textes d'organisation)		5.2.1
Sigles		3.3.1
Signature (procédure)		2.1.3
Signature	des arrêtés	2.1.3
	des circulaires	2.1.3
	des décrets	2.1.3
	en cas d'intérim	3.9.4
	par le Premier ministre	3.9.2
	par le Président de la République	3.9.1
Signes		3.3.1
Sous réserve de		3.3.2
Statut de corps de fonctionnaires (règles de création)		5.2.10
Statut d'emploi de fonctionnaires (règles de création)		5.2.10
Stipulations		3.3.2
Subdélégation	en matière réglementaire	3.5.3
Sur proposition		3.3.2
susvisé(e)		3.3.2
Syntaxe		3.3.1

Taxe fiscale (règles de création)		5.2.7
Terres australes et antarctiques françaises (TAAF)		
(régime législatif et réglementaire)		3.6.7
Textes d'organisation	administration centrale	5.2.1
	services à compétence nationale	5.2.1
	services déconcentrés	5.2.1
Titre (division en)	codification	1.4.2
	Modification des textes	3.2.2
<i>Toutefois</i>		3.3.2
Traitement informatisé de données (règles de création)		5.2.9
Transposition des actes communautaires	procédure	4.1.2
	rédaction des textes de	4.1.3
Typographie		3.3.1
Visas		3.1.5
	des consultations	3.1.5
	des textes	3.1.5
	ordre des	3.1.5
Vocabulaire		3.3.1
Wallis-et-Futuna (régime législatif et réglementaire)		3.6.6